تحفة المحتاج بشرح المنهاج

للإمام شهاب الدين ابن حجر الهيتمي
٩٧٣هـ

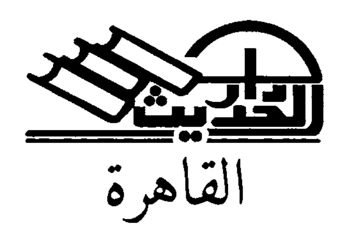
وهو شرح على كتاب

منهاج الطالبين

للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي
٦٧٦هـ

خرج أحاديثه وعلق عليه
سيد بن محمد السناري

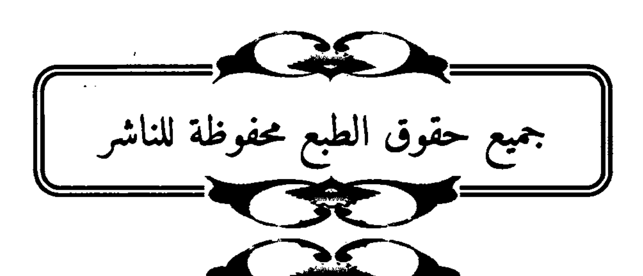
المجلد الثالث



القاهرة




تحفة المحتاج
بشرح المنهاج



اسم الكتـــاب : تحفة المحتاج بشرح المنهاج

اسم المؤلـــف : الإمام شهاب الدين ابن حجر الهيتمي

اسم المحقـــق : سيد بن محمد السناري

القطـــع : ١٧ × ٢٤ سم

عدد المجـلدات : ٤ مجلدات

رقـم المجلـد : الثالث

عدد الصفحات : ٦٤٠ صفحة

سـنة الطبـع : ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م



رقم الإيداع : ٢٠١٦/١٧٩٢٨

الترقيم الدولي / ٥-٥٥٣-٣٠٠-٩٧٧-٩٧٨

الباركود الدولي : ٦٢٢٢٠٠٧٧٠٤٥٥٠





١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر تليفون: ٢٥٨٩٩٤٠٩ / ٢٥٩١٨٧١٩ / ٢٥٩١٩٦٩٧ - فاكس: ٢٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com E-mail: info@darelhadith.com

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب اللُّقطةِ

يُسْتَحَبُّ الالتِقاطُ لِواثِقٍ بأمانةِ نفسِه، وقيلَ يَجِبُ، ....

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ اللُّقطةِ

بِضَمٍّ فسُكونٍ أو فتحٍ وهو الأفصحُ ويُقالُ لُقاطةٌ بضَمِّ اللامِ ولَقَطٌ بفَتْحِ أوَّلَيْه وهيَ لُغةً ما يُؤْخَذُ بَعْدَ تَطَلُّبٍ وشَرْعًا مالٌ ومِنْه رِكازٌ بقَيْدِه السّابِقِ فيه أو اخْتِصاصٌ مُحْتَرَمٌ ضاعَ بنَحْوِ غَفْلةٍ بمَحَلٍّ غيرِ مَمْلوكٍ لم يُحَرَّزْ ولا عَرَفَ الواجِدُ مُسْتَحِقَّه ولا امْتَنَعَ بقوَّتِه فما وُجِدَ بمَمْلوكٍ لمالكِه فإنْ لم يَدَّعِه أوَّلُ مالكٍ فلُقَطةٌ نَعَمْ ما وُجِدَ بدارِ حَرْبٍ لَيْسَ بها مُسْلمٌ وقد دَخَلَها بغيرِ أمانٍ غَنيمةٌ أو به فلُقَطةٌ وما ألْقاه نَحْوُ ريحٍ أو هارِبٌ لا يَعْرِفُه بنَحْوِ حِجْرِه أو دارِه ووَدائعُ ماتَ عَنْها مورِّثُه ولا تُعْرَفُ مُلاّكُها مالٌ ضائعٌ لا لُقَطةٌ خِلافًا لما وقَعَ في المجْموعِ في الأولَى أمْرُه للإمامِ فيَحْفَظُه أو ثَمَنُه إنْ رَأى بَيْعَه أو يَقْتَرِضُه لبَيْتِ المالِ إلى ظُهورِ مالكِه إنْ تَوَقَّعَه وإلاّ صَرَفَه لمَصارِفِ بَيْتِ المالِ وحَيْثُ لا حاكِمَ أو كانَ جائِرًا فِعْلُ مَنْ هو بيَدِه فيه ذلك كما مَرَّ نَظيرُه، قال الماوَرْديُّ: ولو وجَدَ لُؤْلُؤًا بالبحْرِ خارِجَ صَدَفِه كانَ لُقَطةً؛ لأنّه لا يوجَدُ خِلْقةً في البحْرِ إلاّ داخِلَ صَدَفِه وظاهِرُه أنّه لا فرْقَ بَيْنَ المثْقوبِ وغيرِه لكنْ قال الرّويانيُّ في غيرِ المثْقوبِ إنّه لواجِدِه ولو وجَدَ قِطْعةَ عَنْبَرٍ في مَعْدِنِه كالبحْرِ وقُرْبِه وسَمَكةً أُخِذَتْ مِنْه فهو له وإلاّ فلُقَطةٌ وزَعْمُ أنّ البحْرَ لَيْسَ مَعْدِنَه مَمْنوعٌ فقد نَصَّ الشّافِعيُّ رضيَ الله تعالى عنه على أنّه يَنْبُتُ في البحْرِ قال جَمْعٌ وما أعْرَضَ عَنْه من حَبٍّ في أرضِ الغيرِ فنَبَتَ يَمْلكُه مالكُها ومِن اللُّقَطةِ إنْ تَبَدَّلَ نَعْلُه بغيرِها فيَأخُذُها فلا يَحِلُّ له استِعْمالُها إلاّ بَعْدَ تَعْريفِها بشَرْطِه أو تَحَقُّقِ إعْراضِ المالكِ عَنْها فإنْ عَلمَ أنّ صاحِبَها تَعَمَّدَ أخْذ نَعْله جازَ له بَيْعُها ظُفْرًا بشَرْطِه وأجْمَعوا على جَوازِ أخْذِها في الجُمْلةِ لأحاديثَ فيها يَأتي بعضُها مع أنّ الآياتِ الشّامِلةَ للْبِرِّ والإحْسانِ تَشْمَلُها وعَقَّبَها للْهِبةِ؛ لأنّ كُلًّا تَمْليكٌ بلا عِوَضٍ وغيرُه لإحْياءِ المواتِ؛ لأنّ كُلًّا تَمْليكٌ من الشّارِعِ ويَصِحُّ تَعْقيبُها للْقَرْضِ؛ لأنّ تَمَلُّكَها اقْتِراضٌ من الشّارِعِ وأركانُها لاقِطٌ ولَقْطٌ ومَلْقوطٌ وسَتُعْلَمُ من كَلامِه وفي اللَّقْطِ مَعْنَى الأمانةِ إذْ لا يَضْمَنُها والوِلايةُ على حِفْظِها كالوليِّ في مال المحْجورِ والاكْتِسابِ بتَمَلُّكِها بشَرْطِه وهو المُغَلَّبُ فيها.

(يُسْتَحَبُّ الالتِقاطُ لواثِقٍ بأمانةِ نَفْسه) لما فيه من البِرِّ بل قال جَمْعٌ يُكْرَه تَرْكُه لئَلاّ يَقَعَ في يَدِ خائِنٍ (وقيلَ يَجِبُ) حِفْظًا لمال الآدَميِّ كَنَفْسِه وأُجيبَ بأنّها أمانةٌ أو كَسْبٌ وكُلٌّ مِنْهُما لا يَجِبُ ابْتِداءً وقال جَمْعٌ بل نُقِلَ عَن الجُمْهورِ إنْ غَلَبَ على ظَنِّه ضَياعُها لو تَرَكَها وجَبَ وإلاّ فلا واخْتارَه السُّبْكيُّ

ولا يُسْتَحَبُّ لِغيرِ واثِقٍ، ويَجوزُ في الأَصَحِّ. وَيُكْرَه لِفاسِقٍ، والمذْهَبُ أنّه لا يَجِبُ الإِشْهادُ على الالتِقاطِ. وأنّه يَصِحُّ التِقاطُ الفاسِقِ والصّبيِّ والذِّمّيِّ في دارِ الإِسْلامِ، ثم الأَظْهَرُ أنّه يُنْزَعُ مِن الفاسِقِ ويوضَعُ عندَ عَدْلٍ، وأنّه لا يُعْتَمَدُ تَعْريفُه، بل يُضَمُّ إليه رَقيبٌ،

وخَصَّه الغزاليُّ بما إذا لم يَكُنْ عليه تَعَبٌ في حِفْظِها ولا يَضْمَنُ وإنْ أَثِمَ بالتَّرْكِ وبَحَثَ الزَّرْكَشيُّ تَقْييدَ مَحَلِّ الخِلافِ بما إذا لم يَتَعَيَّنْ وإلاّ بأنْ لم يَكُنْ ثَمَّ غيرُه وجَبَ كَنَظيرِه في الوديعةِ بل أولَى؛ لأنّ تلك بيَدِ مالكِها ورُدَّ بأنّ شَرْطَ الوُجوبِ ثَمَّ أنْ يَبْذُلَ له المالكُ أُجرةَ عَمَله وحِرْزِه وهَذا لا يَتَأَتَّى هُنا (ولا يُسْتَحَبُّ لغيرِ واثِقٍ) بأمانةِ نَفْسِه مع عَدَمِ فِسْقِه خَشْيةَ الضّياعِ أو طُروِّ الخيانةِ وقولُ ابنِ الرِّفْعةِ أنّ التَّعْبيرَ بخائِفٍ على نَفْسِه يُفارِقُ هَذا؛ لأنّ الخَوْفَ أقْوَى في التَّوَقُّعِ رَدَّه السُّبْكيُّ بأنّه لا فرْقَ بَيْنَهُما أيْ من حَيْثُ إنّ المدارَ كما هو ظاهرٌ على أنْ يَكونَ أو يَطْرَأَ عليه ما يَتَوَلَّدُ عَنْه ولو احتِمالاً لكنْ قَريبًا ضَياعُها (ويَجوزُ) له مع ذلك الالتِقاطُ (في الأَصَحِّ)؛ لأنّ خيانَتَه لم تَتَحَقَّقْ وعليه الاحتِرازُ أمّا إذا عَلِمَ من نَفْسِه الخيانةَ فيَحْرُمُ عليه أخْذُها كالوديعةِ (ويُكْرَه) تَنْزيهًا وقيلَ تَحْريمًا الالتِقاطُ (لفاسِقٍ) ولو بنَحْوِ تَرْكِ صَلاةٍ وإنْ عُلِمَتْ أمانَتُه في الأَمْوالِ كما شَمِلَه إطْلاقُهُمْ؛ لأنّه قد يَخونُ فيها وبَحَثَ الزَّرْكَشيُّ كالأذْرَعيِّ أنّ مَحَلَّ الخِلافِ إذا خيفَ هَلاكُها لو تَرَكَها وإلاّ حَرُمَ قَطْعًا وفيه نَظَرٌ (والمذْهَبُ أنّه لا يَجِبُ الإِشْهادُ على الالتِقاطِ) بل يُسَنُّ ولو لعَدْلٍ كالوديعةِ؛ ولأنّه يَمْتَنِعُ به من الخيانةِ ووارِثُه من أخْذِها اعْتِمادًا لظاهِرِ اليدِ ولا يَسْتَوْعِبُ فيه صِفاتِها بل بعضُها الآتي ذِكْرُه في التَّعْريفِ ولو خُشيَ مِنْه عِلْمُ ظالمٍ بها وأخْذُه لَها امْتَنَعَ وقيلَ يَجِبُ واخْتيرَ لخَبَرٍ صَحيحٍ بالأمْرِ به من غيرِ مُعارِضٍ له بل قال الأذْرَعيُّ لو جَزَمَ بوُجوبِه على غيرِ الواثِقِ بأمانةِ نَفْسِه لاتَّجَهَ وإنّما وجَبَ في اللَّقيطِ؛ لأنّ أمْرَ النَّسَبِ أهَمُّ وتُسَنُّ الكِتابةُ عليها أنّها لُقَطةٌ وقيلَ تَجِبُ (و) المذْهَبُ (أنّه يَصِحُّ التِقاطُ الفاسِقِ) قال الزَّرْكَشيُّ ولَيْسَتْ هَذِه مُكَرَّرةً مع قوله ويُكْرَه لفاسِقٍ فإنّ المُرادَ بالصّحيحِ هُنا أنّ أحْكامَ اللُّقَطةِ هَلْ تَثْبُتُ له وإنْ مَنَعْناه الأخْذ، (و) التِقاطُ (الصّبيِّ) والمجْنونِ والمحْجورِ عليه بسَفَهٍ؛ لأنّ المُغَلَّبَ فيها مَعْنَى الاكْتِسابِ لا الأمانةِ والوِلايةِ وبِهَذا يَتَبَيَّنُ ما في قولِ الأذْرَعيِّ المُرادُ بالفاسِقِ مَنْ لا يوجِبُ فِسْقُه حَجْرًا عليه في ماله (و) التِقاطُ المُرْتَدِّ و(الذِّمّيِّ) والمُعاهَدِ والمُسْتَأْمَنِ (في دارِ الإِسْلامِ) وإنْ لم يَكُنْ عَدْلاً في دينِه.

على الأوجَه لذلك وخَرَجَ بها دارُ الحرْبِ ففيها تَفْصيلٌ مَرَّ (ثُمَّ الأَظْهَرُ) بناءً على صِحّةِ التِقاطِ الفاسِقِ ومِثْلُه فيما يَأتي الكافِرُ قال الأذْرَعيُّ إلاّ العدْلَ في دينِه (أنّه يُنْزَعُ) المُلْتَقَطُ (من الفاسِقِ) وإنْ لم يُخْشَ ذهابُه به (ويوضَعُ عندَ عَدْلٍ)؛ لأنّ مالَ والدِه لا يُقَرُّ في يَدِه فأولَى غيرُه والمُتَوَلّي للوَضْعِ والنَّزْعِ القاضي كما هو مَعْلومٌ (و) الأظْهَرُ (أنّه لا يُعْتَدُّ بتَعْريفِه) كالكافِرِ (بل يُضَمُّ إلَيْه رَقيبٌ) عَدْلٌ يُراقِبُه عندَ تَعْريفِه.

وقال جَمْعٌ بل يُعَرِّفُ معه وذلك لئَلاّ يُفَرِّطَ في التَّعْريفِ فإذا تَمَّ التَّعْريفُ تَمَلَّكَها قال الماوَرْديُّ

ويَنْزِعُ الوليُّ لُقَطةَ الصَّبيِّ ويُعَرِّفُ ويَتَملَّكُها لِلصَّبيِّ إنْ رأى ذلك حَيْثُ يَجوزُ الاقْتِراضُ لَه، ويَضْمَنُ الوليُّ إنْ قَصَّرَ في انْتِزاعِه حتّى تَلِفَ في يَدِ الصَّبيِّ. والأَظْهَرُ بُطْلانُ التِقاطِ العبْدِ ولا يُعْتَدُّ بتَعْريفِه فلو أَخَذَه سَيِّدُه منه كان التِقاطًا. قُلْتُ: المذْهَبُ صِحّةُ التِقاطِ المُكاتَبِ كِتابةً صَحيحةً.

وأشْهَدَ عليه الحاكِمُ بغُرْمِها إذا جاءَ صاحِبُها ومُؤْنَتُه عليه وكَذا أُجْرةُ المضْمومِ إلَيْه حَيْثُ لم يَكُنْ في بَيْتِ المال شَيْءٌ ولَه بَعْدَ التَّعْريفِ التَّملُّكُ ولو ضَعُفَ الأمينُ عَنها لم تُنْزَعْ مِنْه بل يُعَضِّدُه الحاكِمُ بأمينٍ يَقْوَى به على الحِفْظِ والتَّعْريفِ (ويَنْزِعُ) وُجوبًا (الوليُّ لُقَطةَ الصّبيِّ) والمجْنونِ والسّفيه لحَقِّه وحَقِّ المالِكِ وتكونُ يَدُه نائِبةً عَنْه ويَسْتَقِلُّ بذلك (ويُعَرِّفُ) ويُراجِعُ الحاكِمَ في مُؤْنةِ التَّعْريفِ ليَقْتَرِضَ أو يَبيعَ له جُزْءًا مِنْها وكانَ الفرْقُ بَيْنَ هَذا وما يَأتي أنّ مُؤْنةَ التَّعْريفِ على المُتَملِّكِ وُجوبَ الاحتياطِ لمال الصّبيِّ ونَحْوِه ما أمْكَنَ ولا يَصِحُّ تَعْريفُ الصّبيِّ والمجْنونِ قال الدّارِميُّ إلاّ إنْ كانَ الوليُّ معه والأذْرَعيُّ إلاّ إنْ راهَقَ ولم يُعْرَفْ بكَذِبٍ بخِلافِ السّفيه الغيرِ الفاسِقِ فإنّه يَصِحُّ تَعْريفُه؛ لأنّه يوثَقُ بقوله دونَهما (ويَتَملَّكُها للصَّبيِّ) أو نَحْوِه (إنْ رَأى ذلك) مَصْلَحةً له وذلك (حَيْثُ يَجوزُ الاقْتِراضُ له)؛ لأنّ تَملُّكَها كالاستِقْراضِ فإنْ لم يَرَه حَفِظَها أو سَلَّمَها للقاضي الأمينِ.

(ويَضْمَنُ) في مال نَفْسِه ولو الحاكِمُ فيما يَظْهَرُ خِلافًا للزَّرْكَشيِّ ومَنْ تَبِعَه (إنْ قَصَّرَ في انتزاعِه) أي المُلْتَقَطِ من المحْجورِ (حتّى تَلفَ) أو أُتْلفَ (في يَدِ الصّبيِّ) أو نَحْوِه لتَقْصيرِه كما لو تَرَكَ ما احتَطَبَه حَتَّى تَلفَ أو أُتْلفَ ثم يُعَرِّفُ التّالف أمّا إذا لم يُقصِّرْ بأنْ لم يَشْعُرْ بها فأتْلَفَها نَحْوُ الصّبيِّ ضَمِنَها في ماله دونَ الوليِّ وإنْ تَلفَتْ لم يَضْمَنْها أحَدٌ ولِلْوَليِّ وغيرِه أَخْذُها مِنْه التِقاطًا ليُعَرِّفَها ويَتَملَّكَها ويَبْرَأُ الصّبيُّ حينَئِذٍ من ضَمانِها، (والأظْهر بُطْلانُ التِقاطِ العبْدِ) أي القِنِّ الذي لم يَأذَنْ له سَيِّدُه ولم يَنْهَه وإنْ نَوَى سَيِّدُه؛ لأنّه يُعَرِّضُه للمُطالَبةِ ببَدَلِها لوُقوعِ المِلْكِ له؛ ولأنّ فيه شائِبةَ وِلايةٍ وتَملُّكٍ ولَيْسَ من أهلهما وبِه يُفرَّقُ بَيْنَه وبَيْنَ نَحْوِ الفاسِقِ فإنّهم وإن انْتَفَتْ عَنهم الشّائِبةُ الأولَى فيهِمْ أهليّةٌ للشّائِبةِ الثّانيةِ على أنّ المُغلَّبَ مَعْنَى الاكْتِسابِ أمّا إذا أذِنَ له ولو في مُطْلَقِ الاكْتِسابِ فيَصِحُّ وإنْ نَهاه لم يَصِحَّ قَطْعًا (ولا يُعْتَدُّ بتَعْريفِه) إذا بَطَلَ التِقاطُه؛ لأنّ يَدَه ضامِنةٌ وحينَئِذٍ لا يَصِحُّ تَملُّكه ولو لسَيِّدِه بإذْنِه وإذا لم يَصِحَّ التِقاطُه فهو مالٌ ضائِعٌ (فلو أخَذه) أي المُلْتَقَطَ (سَيِّدُه) أو غيرُه (مِنه كانَ التِقاطًا) من الآخِذِ فيُعَرِّفُ ويُتَملَّكُ ويَسْقُطُ الضّمانُ عَن العبْدِ ولسَيِّدِه أنْ يُقِرَّه بيَدِه ويَسْتَحْفِظَه إيّاه إنْ كانَ أمينًا وإلاّ ضَمِنَه لتَعَدّيه بإقْرارِه معه حينَئِذٍ فكأنّه أخَذه مِنْه ورَدَّه إلَيْه ويَتَعَلَّقُ الضّمانُ بسائِرِ أمْواله ومِنْها رَقَبةُ العبْدِ فيُقَدَّمُ صاحِبُها برَقَبَتِه فإنْ لم يُعْلم تَعَلَّقَ برَقَبةِ العبْدِ فقَطْ ولو عَتَقَ قَبْلَ أنْ يُؤْخَذ مِنْه جازَ له تَملُّكه إنْ بَطَلَ الالتِقاطُ وإلاّ فهو كَسْبُ قِنِّه فله أخْذُه ثم تَعْريفُه ثم تَملُّكُه.

(قُلت المذْهَبُ صِحّةُ التِقاطِ المُكاتَبِ كِتابةً صَحيحةً)؛ لأنّه كالحُرِّ في المِلْكِ والتَّصرُّفِ فيُعَرِّفُ ويَتملَّكُ ما لم يَعْجِزْ قَبْلَ التَّملُّكِ وإلاّ أخَذها القاضي لا السَّيِّدُ وحَفِظَها لمالِكِها أمّا المُكاتَبُ كِتابةً

وَمَنْ بعضُه حُرٌّ، وهي له ولِسَيِّدِه، فإنْ كانتْ مُهايأةٌ فَلِصاحِبِ النَّوْبةِ في الأظْهَرِ، وكذا حُكْمُ سائِرِ النّادِرِ مِن الأكْسابِ والمُؤَنِ إلّا أرشَ الجِنايةِ، واللَّهُ أعْلَمُ.

فَصْلٌ

الحيَوانُ المملوكُ المُمتَنِعُ من صِغارِ السِّباعِ بقوّةٍ كَبَعيرٍ وفَرَسٍ أو بعَدْوٍ كأرنَبٍ وظَبْيٍ، أو طَيَرانٍ كَحَمامٍ إنْ وُجِدَ بمَفازةٍ فَللقاضي التِقاطُه للحِفْظِ ....

فاسِدةً فكالقِنِّ. (و) التِقاطُ (مَنْ بعضُه حُرٌّ)؛ . لأنّه كالحُرِّ فيما ذُكِرَ (وهيَ) أي اللُّقَطةُ (له ولسَيِّدِه) يُعَرِّفانِها ويَتَمَلَّكانِها بحَسَبِ الحُرِّيّةِ والرِّقِّ إنْ لم يَكُنْ بَيْنَهُما (فإنْ كانَ) بَيْنَهُما (مُهايَأةٌ) بالهمْزِ أيْ مُناوَبةٌ (ف) اللُّقَطةُ بَعْدَ تَعْريفِها وتَمَلُّكِها (لصاحِبِ النَّوبةِ) مِنْهُما التي وُجِدَتِ اللُّقَطةُ فيها (في الأظْهَرِ) بناءً على الأصَحِّ من دُخول الكسْبِ النّادِرِ في المُهايَأةِ ولو تَخَلَّلَ مُدّةَ تَعْريفِ المُبَعَّضِ نَوْبةُ السَّيِّدِ ولم يَأذَنْ له فيه أنابَ مَنْ يُعَرِّفُ عَنْه على الأوجَه ولو تَنازَعا فيمَنْ وُجِدَتْ في يَدِه صُدِّقَ مَنْ هيَ بيَدِه كما دَلَّ عليه النَّصُّ فإنْ لم تَكُنْ بيَدِ واحِدٍ مِنْهُما كانَتْ بَيْنَهُما فيما يَظْهَرُ بَعْدَ أنْ يَحْلفَ كُلٌّ للآخَرِ (وكَذا حُكْمُ سائِرِ النادِرِ) أيْ باقيه (مِن الأكْسابِ) كالهبةِ بأنْواعِها والوصيّةِ والرِّكازِ؛ لأنّ مَقْصودَ المُهايَأةِ التَّفاضُلُ وأنْ يَخْتَصَّ كُلٌّ بما في نَوْبَتِه (و) من (المُؤَنِ) كَأُجْرةِ طَبيبٍ وحَجّامٍ إلْحاقًا للغُرْمِ بالغُنْمِ وظاهِرُ كَلام شارِحٍ أنّ العِبْرةَ في الكسْبِ بوَقْتِ وُجودِه وفي المُؤَنِ بوَقْتِ وُجودِ سَبَبِها كالمرَضِ وفيه نَظَرٌ والذي يَتَّجِه أنّهُما سَواءٌ فيُعْتَبَرُ وقْتُ الاحتياجِ للمُؤَنِ وإنْ وُجِدَ سَبَبُها في نَوْبةِ الآخَرِ (إلاّ أرشَ الجِنايةِ) مِنْه أو عليه الواقِعةُ في نَوْبةِ أحَدِهما (واللَّه أعْلَمُ) فلا يَدْخُلُ لتَعَلُّقِه بالرَّقَبةِ وهيَ مُشْتَرَكةٌ واعْتِراضُ حَمْل المتْنِ على الثّانيةِ؛ لأنّها مَبْحوثةٌ لمَنْ بَعْدَه يُرَدُّ بأنّ كَلامَه إذا صَلُحَ لَها بانَ أنّها غيرُ مَبْحوثةٍ لمَنْ ذُكِرَ وإنْ لم توجَدْ في كَلامِ غيرِه.

(فَصْلٌ) في بَيانِ لَقْطِ الحيَوانِ وغيرِه وتَعْريفِهِما

(الحيَوانُ المملوكُ) ويُعْرَفُ ذلك بكَوْنِه مَوْسومًا أو مُقَرَّطًا مَثَلاً (المُمْتَنِعُ من صِغارِ السِّباعِ) كَذِئْبٍ ونَمِرٍ وفَهْدٍ ونوزِعَ فيه بأنّ هَذِه من كِبارِها وأُجيبَ بحَمْلِها على صَغيرِها أخْذًا من كَلامِ ابنِ الرِّفْعةِ ويُرَدُّ بأنّ الصِّغَرَ من الأمورِ النِّسْبيّةِ فهَذِه وإنْ كَبِرَتْ في نَفْسِها هيَ صَغيرةٌ بالنِّسْبةِ للأسَدِ ونَحْوِه (بِقوّةٍ كَبَعيرٍ وفَرَسٍ) وحِمارٍ وبَغْلٍ (أو بعَدْوٍ كأرنَبٍ وظَبْيٍ أو طَيَرانٍ كَحَمامٍ إنْ وُجِدَ بمَفازةٍ) ولو آمِنةً وهيَ المَهْلَكةُ قيلَ سُمّيَتْ بذلك على القلْبِ تَفاؤُلاً وقالَ ابنُ القطّاعِ بل هيَ مَنْ فازَ هَلَكَ ونَجا فهو ضِدٌّ فهيَ مِفْعَلةٌ من الهلاكِ (فلِلْقاضي) أو نائِبِه (التِقاطُه للحِفظِ)؛ لأنّ له وِلايةً على أمْوالِ الغائِبينَ ولا يَلْزَمُه وإنْ خُشيَ ضَياعُه كما اقْتَضاه كَلامُه بل قال السُّبْكيُّ إذا لم يُخْشَ ضَياعُه لا يَنْبَغي أنْ يَتَعَرَّضَ له والأذْرَعيُّ يَجِبُ الجزْمُ بتَرْكِه إذا اكْتَفى بالرَّعْيِ وأمِنَ عليه ولو أخَذه احتاجَ إلى الإنْفاقِ عليه قَرْضًا على مالِكِه واحتاجَ مالكُه لإثْباتِ أنّه مِلْكُه وقد يَتَعَذَّرُ عليه ذلك وقال القاضي يَبيعُه حَيْثُ لا حِمَى

وكذا لِغيرِه في الأصَحِّ، ويَحْرُمُ التِقاطُه لِتَمَلُّكٍ، وإنْ وُجِدَ بقَرْيةٍ فالأصَحُّ جوازُ التِقاطِه لِلتَّمَلُّكِ، وما لا يَمتَنِعُ منها كَشاةٍ يَجوزُ التِقاطُه ....

ويَحْفَظُ ثَمَنَه؛ لأنّه الأنْفعُ نَعَمْ يَنْتَظِرُ صاحِبَه يَوْمًا أو يَوْمَيْنِ إنْ جوَّزَ حُضورَه والذي يَتَّجِه تَخْيِيرُ القاضي بَيْنَ الثّلاثةِ وقَضيّةُ لُزومِ العمَلِ بالأصْلَحِ في مالِ الغائِبِ تَعَيُّنُ الأصْلَحِ عليه هُنا (وكَذا لِغيرِه) من الآحادِ أخْذُه للْحِفْظِ من المفازةِ (في الأصَحِّ) صيانةً له ومِنْ ثَمَّ جازَ له ذلك في زَمَنِ الخوْفِ قَطْعًا وامْتَنَعَ إذا أمِنَ عليه أيْ يَقينًا قَطْعًا كما في الوسيطِ ومَحَلُّه كما اعْتَمَدَه في الكِفايةِ إنْ لم يَعْرِفْ صاحِبَه وإلاّ جازَ له أخْذُه قَطْعًا ويَكونُ أمانةً بيَدِه (ويَحْرُمُ) على الكُلِّ (التِقاطُه) زَمَنَ الأمْنِ من المفازةِ (للتَّمَلُّكِ) للنّهْيِ عَنْه في ضالّةِ الإبِلِ وقيسَ بها غيرُها بجامِعِ إمْكانِ عَيْشِها بلا راعٍ إلى أنْ يَجِدَها مالكُها لتَطَلُّبِه لَها فإنْ أخَذه ضَمِنَه ولم يَبْرأ إلاّ برَدِّه للْقاضي أمّا زَمَنُ النّهْبِ فيَجوزُ التِقاطُه للتَّمَلُّكِ قَطْعًا في الصّحْراءِ وغيرِها قيلَ هَذا إنْ لم يَكُنْ عليه أمْتِعةٌ وإلاّ ولم يُمْكِنْ أخْذُها إلاّ بأخْذِه فالظّاهِرُ أنّ له حينَئِذٍ أخْذه للتَّمَلُّكِ تَبَعًا لَها.

ولأنّ وُجودَها عليه وهيَ ثَقيلةٌ تَمْنَعُه من وُرودِ الماءِ والشّجَرِ والفِرارِ من السِّباعِ وقد يُفَرِّقُ بَيْنَ الأمْتِعةِ الخفيفةِ والثّقيلةِ وهو الأوْجَه انْتَهَى وفيه نَظَرٌ واضِحٌ إذْ لا تَلازُمَ بَيْنَ أخْذِها وأخْذِه ولا يَلْزَمُ من أخْذِها وهيَ عليه وضْعُ يَدِه عليه فيَتَخَيَّرَ في أخْذِها بَيْنَ التَّمَلُّكِ والحِفْظِ وهو لا يَأخُذُ إلاّ للْحِفْظِ ودَعْوَى أنّ وُجودَها ثَقيلةً عليه صَيَّرَه كَغيرِ المُمْتَنِعِ مَمْنوعةٌ وخَرَجَ بالمَملوكِ غيرُه كَكَلْبٍ يُقْتَنَى فيَحِلُّ التِقاطُه ولَه الاخْتِصاصُ والانْتِفاعُ به بَعْدَ تَعْريفِه والبعيرُ المُقَلَّدُ تَقْليدَ الهدْيِ لواجِدِه أيّامَ مِنًى أخْذُه وتَعْريفُه فإنْ خَشيَ خُروجَ وقْتِ النّحْرِ نَحَرَه وفرَّقَه ويُسَنُّ له اسْتِئْذانُ الحاكِمِ وكانَ سَبَبُ تَجْويزِهِمْ ذلك في مالِ الغيرِ بمُجَرَّدِ التَّقْليدِ مع أنّه لا يَزولُ به مِلْكُه قوّةَ القرينةِ المُغَلِّبَةِ على الظّنِّ أنّه هَدْيٌ مع التَّوْسِعةِ به على الفُقَراءِ وعَدَمِ تُهْمةِ الواجِدِ فإنّ المصْلَحةَ لَهم لا له فانْدَفَعَ ما لشارِحٍ هُنا وظاهِرٌ أنّه لو ظَهَرَ صاحِبُه وقال إنّه غيرُ هَدْيٍ صُدِّقَ بيَمينِه وحينَئِذٍ فالقِياسُ أنّ الذّابِحَ يَسْتَقِرُّ عليه ما بَيْنَ قيمَتِه حَيًّا ومَذْبوحًا؛ لأنّه الذي فوَّتَه بذَبْحِه والآكِلينَ تَسْتَقِرُّ عليهِمْ قيمةُ اللّحْمِ والذّابِحُ طَريقٌ ورَجَّحَ الزّرْكَشيُّ من تَرَدُّدٍ له في مَوْقوفٍ وموصًى بمَنْفَعَتِه أبَدًا لم يُعْلَم مُسْتَحِقُّهُما أنّه لا يُتَمَلَّكُ والذي يُتَّجَه في الأوّلِ جَوازُ تَمَلُّكِ مَنْفَعَتِه بَعْدَ التَّعْريفِ؛ لأنّها مَمْلوكةٌ للْمَوْقوفِ عليه فهيَ من حَيِّزِ الأمْوالِ المَمْلوكةِ وفي الثّاني جَوازُ تَمَلُّكِها كَرَقَبَتِه؛ لأنّهما مَمْلوكانِ؛ الرّقَبةُ للْوارِثِ والمَنْفَعةُ للْموصَى له (وإنْ وُجِدَ) الحيَوانُ المذْكورُ (بقَرْيةٍ) مَثَلًا أو قَريبٍ مِنْها أيْ عُرْفًا بحَيْثُ لا يُعَدُّ في مَهْلَكةٍ فيما يَظْهَرُ (فالأصَحُّ جَوازُ التِقاطِه) في غيرِ الحرَمِ والأخْذِ بقَصْدِ الخيانةِ (للتَّمَلُّكِ) لسَوْقِ أيْدي الخوَنةِ إلَيْه هُنا دونَ المفازةِ لنُدْرةِ طُروقِها ولاعْتيادِ إرْسالِها فيها بلا راعٍ فلا تَكونُ ضالّةً بخِلافِ العُمْرانِ وقد يَمْتَنِعُ التَّمَلُّكُ كالبعيرِ المُقَلَّدِ وكما لو دَفَعَها للْقاضي مُعْرِضًا عَنْها ثم عادَ لإعْراضِه المُسْقِطِ لحَقِّه، (وما لا يَمْتَنِعُ مِنها) أيْ من صِغارِ السِّباعِ (كَشاةٍ) وعِجْلٍ وفَصيلٍ وكَسيرِ إبِلٍ وخَيْلٍ (يَجوزُ التِقاطُه) للْحِفْظِ و

لِلتَّمَلُّكِ في القرْيةِ والمفازةِ، ويَتَخيَّرُ آخِذُه من مَفازةٍ فإنْ شاءَ عَرَّفَه وتَملَّكه أو باعَه وحَفِظَ ثَمَنَه وعرَّفَها ثم تَملَّكه أو أكَلَه وغَرِمَ قيمَتَه إنْ ظَهرَ مالِكه، فإنْ أخذَ مِن العُمرانِ فَلَه الخصْلَتانِ الأولَيانِ لا الثّالِثةُ في الأصَحِّ، ....

(للتَّمَلُّكِ في القرْيةِ والمفازةِ) زَمَنَ الأمْنِ والنّهْبِ ولو لغيرِ القاضي كما اقْتَضاه إطْلاقُ الخبَرِ وصَوْنًا له عَن الضّياع (ويَتَخيَّرُ آخِذُه) أي المأكول للتَّمَلُّكِ (من مَفازةٍ) بَيْنَ ثَلاثةِ أُمورٍ (فإنْ شاءَ عَرَّفَه) ويُنْفِقُ عليه (وتَملَّكَه) بَعْدَ التَّعْريفِ كَغيرِه (أو باعَه) بإذْنِ الحاكِمِ إنْ وجَدَه بشَرْطِه الآتي (وحَفِظَ ثَمنَه) كالأكْل بل أولَى (وعرَّفَها) أي اللُّقَطةَ بَعْدَ بَيْعِها لا الثَّمَنَ ولذا أنّثَ الضّميرَ هُنا حَذرًا من إيهام عَوْدِه على الثّمَنِ وذكَرَه في أكْله؛ لأنّه لا إيهامَ فيه (ثُمَّ تَملَّكه) أي الثّمَنَ (أو) تَملَّكه حالاً ثم (أكَلَه) إنْ شاءَ إجْماعًا ويُفرَّقُ بَيْنَ احتياجِه لإذْنِ الحاكِمِ في البيْعِ لا هُنا كما يُصَرِّحُ به كَلامُهم بأنّ البيْعَ فيه رِعايةُ مَصْلَحةِ المالكِ وهيَ مَنوطةٌ بنَظَرِ الحاكِمِ والتَّملُّكُ المصْلَحةُ فيه النّاجِزةُ للْمُلْتَقِطِ فقَطْ فلم يَتَوقَّفْ على نَظَرِ حاكِمٍ.

ولا يَجوزُ له أكْلُه قَبْلَ تَملُّكِه نَظيرُ ما يَأتي فيما يُسْرِعُ فسادُه، (وغَرِمَ قيمَتَه) يَوْمَ تَملُّكِه لا أكْله كما يُصَرِّحُ به آخِرَ البابِ خِلافًا لمَنْ وهَمَ فيه لمالكِه (إنْ ظَهرَ مالكُه) ولا يَجِبُ تَعْريفُه في هَذِه الخصْلةِ على الظّاهرِ عندَ الإمامِ وسَيَأتي عَنْه نَظيرُه بما فيه وعُلِّلَ ذلك بأنّ التَّعْريفَ إنّما يُرادُ للتَّملُّكِ وهو قد وقَعَ قَبْلَ الأكْلِ واستَقرَّ به بَدَلُه في الذِّمّةِ ومِنْ ثَمَّ لم يَلْزَمْه إفْرازُه بل لا يُعْتَدُّ به؛ لأنّ بَقاءَه بذِمَّتِه أحْفَظُ ولَيْسَ له بَيْعُ بعضِه للإنْفاقِ لئَلاّ تَسْتَغْرِقَ النَّفَقةُ باقيَه ولا الاستِقْراضُ على المالكِ لذلك وفارَقَ ما مَرَّ في هَرَبِ الجمال بأنّه ثَمَّ يَتَعذَّرُ بَيْعُ العيْنِ ابْتِداءً لتَعلُّقِ الإجارةِ بها وعَدَمِ الرَّغْبةِ فيها غالبًا حينَئِذٍ ولا كَذلك اللُّقَطةُ ولا يَرْجِعُ بما أنْفَقَ إلاّ إنْ أذِنَ له الحاكِمُ إنْ أمْكَنَتْ مُراجَعَتُه وإلاّ كأنْ خافَ عليه أو على ماله فيما يَظْهَرُ أشْهَدَ على أنّه يُنْفِقُ بنيّةِ الرُّجوعِ وأولاهُنّ الأولَى؛ لأنّ فيها حِفْظَ العيْنِ على مالكِها ثم الثّانيةُ لتَوقُّفِ استِباحةِ الثّمَنِ على التَّعْريفِ والأكْل تُتَعجَّلُ استِباحَتُه قَبْلَه ومَحَلُّ ذلك إنْ لم يَكُنْ أحَدُهُما أحَظَّ للْمالكِ وإلاّ تَعيَّنَ كما قاله الماوَرْديُّ ويُؤَيِّدُه ما يَأتي بل وزادَ رابِعةً هيَ تَملُّكُها حالاً ليَسْتَبْقِيَها حَيّةً لدَرٍّ أو نَسْلٍ؛ لأنّه أولَى من الأكْل ولَه إبْقاؤُه لمالكِه أمانةً إنْ تبَرَّعَ بإنْفاقِه.

(فرْعٌ) أعْيا بَعيرَه مَثَلاً فترَكَه فقامَ به غيرُه حَتّى عادَ لحاله مَلَكه عندَ أحمدَ واللّيْثِ ورَجَعَ بما صَرَفَه عَنْه مالكٌ وعندَنا لا يَمْلكُه ولا يَرْجِعُ بشَيْءٍ إلاّ إن استَأذَنَ الحاكِمَ في الإنْفاقِ أو أشْهَدَ عندَ فقْدِه أنّه يُنْفِقُ بنيّةِ الرُّجوعِ أو نَوَى فقَطْ عندَ فقْدِ الشُّهودِ؛ لأنّ فقْدَهم هُنا غيرُ نادِرٍ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ آخِرَ الإجارةِ ومَنْ أخْرَجَ مَتاعًا غَرِقَ مَلَكه عندَ الحسَنِ البصْريِّ ورُدَّ بالإجماعِ على خِلافِ.

(فإنْ أخذه من العُمْرانِ) أو كانَ غيرَ مَأكولٍ (فلَه الخصْلَتانِ الأولَيانِ لا الثّالثةُ) وهيَ الأكْلُ (في الأصَحِّ) لسُهولةِ البيْعِ هُنا لا ثَمَّ ولمَشَقّةِ نَقْلها إلى العُمْرانِ وقَضيَّتُه أنّه لو نَقَلَه للعُمْرانِ فيما مَرَّ امْتَنَعَ الأكْلُ.

ويَجوزُ أنْ يَلْتَقِطَ عبدًا لا يُمَيِّزُ. وَيَلْتَقِطَ غيرَ الحيَوانِ فإنْ كان يَسْرُعُ فَسادُه كَهَريسةٍ فإنْ شاءَ باعَه وعَرَّفَه لِيتَمَلَّكَ ثَمَنَه وإنْ شاءَ تَمَلَّكَه في الحالِ وأكَلَه، وقيلَ إنْ وجَدَه في عُمرانٍ وجَبَ البيْعُ، وإنْ أمكَنَ بَقاؤُه بعِلاجٍ كَرُطَبٍ يَتَجَفَّفُ فإنْ كانت الغِبْطةُ في بَيْعِه بيعَ، أو في تَجْفيفِه وتَبَرَّعَ به الواجِدُ جَفَّفَه، وإلّا بيعَ بعضُه لِتَجْفيفِ الباقي. وَمَنْ أخَذَ لُقَطةً للحِفْظِ أبَدًا فَهيَ أمانةٌ، ....

(ويَجوزُ أنْ يَلْتَقِطَ) مَنْ يَصِحُّ التِقاطُه في زَمَنِ الأمْنِ والخوْفِ ولو للتَّمَلُّكِ (عبدًا) أيْ قِنًّا (لا يُمَيِّزُ) ومُمَيِّزًا لكنْ في زَمَنِ الخوْفِ لا الأمْنِ؛ لأنّه. يَسْتَدِلُّ على سَيِّدِه نَعَمْ يَمْتَنِعُ التِقاطُ أمةٍ تَحِلُّ له للتَّمَلُّكِ مُطْلَقًا وحَيْثُ جازَ له التِقاطُ القِنِّ فلَه الخصْلَتانِ الأولَيانِ ويُنْفِقُه من كَسْبِه إنْ كانَ وإلاّ فكما مَرَّ وصَوَّرَ الفارِقيُّ مَعْرِفةَ رِقِّه دونَ مالكِه بأنْ تكونَ به عَلامةٌ دالةٌ على الرِّقِّ كَعَلامةِ الحبَشةِ والزِّنْجِ ونَظَرَ فيه غيرُه ثم صَوَّرَه بما إذا عُرِفَ رِقُّه أو لا وجَهلَ مالكه ثم وجَدَه ضالاً ولو ظَهَرَ مالكُه بَعْدَ تَمَلُّكِ المُلْتَقِطِ وبِصَرْفِه فادَّعَى عِتْقَه أو نَحْوَ بَيْعِه قَبْلَه صُدِّقَ بيَمينِه وبَطَلَ التَّصَرُّفُ، (ويُلْتَقَطُ غيرُ الحيَوانِ) من الجمادِ كالنَّقْدِ وغيرِه حَتَّى الاختِصاصُ كما مَرَّ (فإنْ كانَ يُسْرِعُ فسادُه كَهَريسةٍ) ورُطَبٍ لا يَتَتَمَّرُ تَخَيَّرَ بَيْنَ خَصْلَتَيْنِ فقَطْ (فإنْ شاءَ باعَه) بإذْنِ الحاكِمِ إنْ وجَدَه ولم يُخَفْ مِنْه عليه كما هو ظاهرٌ وإلاّ استَقَلَّ به فيما يَظْهَرُ (وعَرَّفَه) بَعْدَ بَيْعِه لا ثَمَنِه (لِيَتَمَلَّكَ ثَمَنَه وإنْ شاءَ تَمَلَّكَه) باللَّفْظِ لا النيّةِ هُنا وفيما مَرَّ كما هو ظاهرٌ مِمّا يَأتي (في الحال وأكَلَه)؛ لأنّه مُعَرَّضٌ للْهَلاكِ ويَجِبُ فِعْلُ الأحَظِّ مِنْهُما نَظيرُ ما يَأتي ويَمْتَنِعُ إمْساكُه لتَعَذُّرِه.

(وقيلَ إنْ وجَدَه في عُمْرانٍ وجَبَ البيْعُ) لتَيَسُّرِه وامْتَنَعَ الأكْلُ نَظيرُ ما مَرَّ وفَرْقُ الأوَّلِ بأنّ هَذا يَفْسُدُ قَبْلَ وُجودِ مُشْتَرٍ وإذا أكَلَ لَزِمَه التَّعْريفُ للْمَأكول إنْ وجَدَه بعُمْرانٍ لا صَحْراءَ نَظيرُ ما مَرَّ ونازَعَ فيه الأذْرَعيُّ بأنّ الذي يُفْهِمُه إطْلاقُ الجُمْهورِ وُجوبُه مُطْلَقًا قال ولَعَلَّ مُرادَ الإمامِ القائِلِ بالأوَّل وصَحَّحَه في الشَّرْحِ الصَّغيرِ أنّه لا يُعْرَفُ بالصَّحْراءِ بدَليلِ قولِه؛ لأنّه لا فائِدةَ فيه بخِلافِ العُمْرانِ (وإنْ أمْكَنَ بَقاؤُه بعِلاجٍ كَرُطَبٍ يَتَجَفَّفُ) وجَبَتْ رِعايةُ الأغْبَطِ للْمالكِ لكنْ بَعْدَ مُراجَعةِ القاضي فيه كما بَحَثَه الأذْرَعيُّ فلَا يَسْتَقِلُّ به (فإنْ كانَتِ الغِبْطةُ في بَيْعِه بيعَ) جَميعُه بإذْنِ الحاكِمِ إنْ وجَدَه بقَيْدِه السّابِقِ (أو) كانَتِ الغِبْطةُ (في تَجْفيفِه) أو استَوَى الأمْرانِ (وتَبَرَّعَ به الواجِدُ) أو غيرُه (جَفَّفَه وإلاّ) يَتَبَرَّعْ به أحَدٌ (بيعَ بعضُه) المُساوي لمُؤْنةِ التَّجْفيفِ (لتَجْفيفِ الباقي) طَلَبًا للأحَظِّ كَوَليِّ اليتيم وإنّما باعَ كُلَّ الحيَوانِ لئَلّا يَأكُلَه كُلَّه كما مَرَّ والعُمْرانُ هُنا نَحْوُ المدْرَسةِ والمسْجِدِ والشّارِعِ إذْ هيَ والمَواتُ مَحالُّ اللَّقْطِ لا غيرَ كما مَرَّ.

(ومَنْ أخَذ لُقَطةً للْحِفْظِ أبَدًا) وهو أهلٌ للالتِقاطِ (فهيَ) كَدَرِّها ونَسْلِها (أمانةٌ) بيَدِه؛ لأنّه يَحْفَظُها لمالكِها كالوديعِ ومِنْ ثَمَّ ضَمِنَها إذا قَصَّرَ كأنْ تَرَكَ تَعْريفًا لَزِمَه على ما يَأتي ومَحَلُّه كما بَحَثَه الأذْرَعيُّ وسَيَأتي عَنِ النُّكَتِ وغيرِها ما يُصَرِّحُ به حَيْثُ لم يَكُنْ له عُذْرٌ مُعْتَبَرٌ في تَرْكِه أيْ كَخَشْيةِ أخْذِ ظالمٍ لَها

فإنْ دَفعَها إلى القاضي لَزِمَه القبولُ ولم يوجِب الأكْثَرونَ التَّعْريفَ، والحالةُ هَذِه، فلو قَصَدَ بعد ذلك خيانةً لم يَصِرْ ضامِنًا في الأصَحِّ، وإنْ أخَذَ بقَصْدِ الخيانةِ فَضامِنٌ، وليس له بعده أنْ يُعَرِّفَ ويَتَمَلَّكَ على المذْهَبِ، وإنْ أخَذَ ليُعَرِّفَ ويَتَمَلَّكَ فأمانةٌ مُدّةَ التَّعْريفِ، وكذا بعدها ما لم يَخْتَر التَّمَلُّكَ في الأصَحِّ. ويَعْرِفُ جِنْسَها وصِفَتَها وقدرَها ....

وكَذا الجهْلُ بوُجوبِه إنْ عُذِرَ به على الأوجَه (**فإنْ دَفعَها إلى القاضي لَزِمَه القبولُ**) حِفْظًا لَها على صاحِبِها؛ لأنّه يَنقُلُها إلى أمانةٍ أقْوَى وإنّما لم يَلْزَمْه قَبولُ الوديعةِ حَيْثُ لا ضَرورةَ لإمْكانِ رَدِّها لمالكِها مع أنّه التزَمَ الحِفْظَ له وكَذا لو أخَذ للتَّمَلُّكِ ثم تَرَكَه ورَدَّها له يَلْزَمُه القبولُ وظاهِرٌ أنّه لا يَجوزُ دَفْعُها لقاضٍ غيرِ أمينٍ وأنّه لا يَلْزَمُه القبولُ وأنّ الدّافِعَ له يَضْمَنُها (**ولم يوجِب الأكْثَرون التَّعْريفَ**) في غيرِ لُقَطةِ الحرَمِ (**والحالةُ هَذِه**) أيْ كَوْنُه أخَذها للْحِفْظِ؛ لأنّ الشّرْعَ إنّما أوجَبَه لأجْلِ أنّ له التَّمَلُّكَ بَعْدَه وقال الأقَلّونَ يَجِبُ أيْ حَيْثُ لم يَخَفْ أخْذ ظالم لَها كما يُعْلَمُ مِمّا يَأتي لئَلّا يَفوتَ الحقُّ بالكتْمِ واخْتارَه وقَوّاه في الرّوْضةِ وصَحَّحه في شَرْحِ مُسْلم واعْتَمَدَه الأذْرَعيُّ؛ لأنّ صاحِبَها قد لا يُمْكِنُه إنْشادُها لنَحْوِ سَفَرٍ أو مَرَضٍ ويُمْكِنُ المُلْتَقِطَ التَّخَلُّصُ عَن الوُجوبِ بالدّفْعِ للْقاضي الأمينِ فيَضْمَنُ بتَرْكِ التَّعْريفِ أيْ بالعزْمِ على تَرْكِه من أصْله ولا يَرْتَفِعُ ضَمانُه به لو بَدا له بَعْدُ قال ولا يَلْزَمُه مُؤْنةُ التَّعْريفِ في ماله على القوْلَيْنِ خِلافًا لما نَقَلَه الغزاليُّ أنّ المُؤْنةَ تابِعةٌ للْوُجوبِ ولو بَدا له قَصْدُ التَّمَلُّكِ أو الاخْتِصاصِ عَرَّفَها سَنةً من حينَئِذٍ ولا يُعْتَدُّ بما عَرَّفَه قَبْلَه أمّا إذا أخَذها للتَّمَلُّكِ أو الاخْتِصاصِ فيَلْزَمُه التَّعْريفُ جَزْمًا.

(**فلو قَصَدَ بَعْدَ ذلك**) أيْ أخْذِها للْحِفْظِ وكَذا بَعْدَ أخْذِها للتَّمَلُّكِ (**خيانةً لم يَصِرْ ضامِنًا**) بمُجَرَّدِ القصْدِ (**في الأصَحِّ**) فإن انْضَمَّ لقَصْدِ ذلك استِعْمالٌ أو نَقْلٌ من مَحَلٍّ لآخَرَ ضَمِنَ كالوديعِ فيها ويُؤْخَذُ مِنه أنّه يَأتي هُنا جَميعُ ما يَأتي ثَمَّ في مَسائِلِ الاستِعْمالِ والنّقْلِ ونَحْوِهما وإذا ضَمِنَ في الأثْناءِ بخيانةٍ ثم أقْلَعَ وأرادَ أنْ يَعْرِفَ ويَتَمَلَّكَ جازَ وإنّما لم يُعَدَّ الوديعُ أمينًا بغيرِ استِئْمانٍ ثانٍ من المالكِ لجَوازِ الوديعةِ فلم تُعَدَّ بَعْدَ رَفْعِها بغيرِ عَقْدٍ بخِلافِ اللُّقَطةِ وخَرَجَ بالأثْناءِ ما في قوله (**وإنْ أخَذ**) ها (**بِقَصْدِ خيانةٍ فضامِنٌ**) لقَصْدِه المُقارِنِ لأخْذِه ويَبْرَأُ بالدّفْعِ لحاكِمٍ أمينٍ (**ولَيسَ له بَعْدَه أنْ يُعَرِّفَ ويَتَمَلَّكَ**) أو يَخْتَصَّ (**على المذْهَبِ**) نَظَرًا للابْتِداءِ؛ لأنّه غاصِبٌ (**وإنْ أخَذ**) ها (**ليُعَرِّفَ ويَتَمَلَّكَ**) بَعْدَ التَّعْريفِ (**ف**) هيَ (**أمانةٌ**) بيَدِه (**مُدّةَ التَّعْريفِ وكَذا بَعْدَها ما لم يَخْتَر التَّمَلُّكَ في الأصَحِّ**) كما قَبْلَ مُدّةِ التَّعْريفِ وإنْ أخَذها لا بقَصْدِ حِفْظٍ ولا تَمَلُّكٍ أو لا بقَصْدِ خيانةٍ ولا أمانةٍ أو بقَصْدِ أحَدِهما ونَسيَه فأمانةٌ ولَه تَمَلُّكُها بشَرْطِه اتِّفاقًا وقَضيّةُ كَلام شارِحٍ هُنا أنّه يَكونُ أمينًا في الاخْتِصاصِ ما لم يَخْتَصَّ به فيَضْمَنُه حينَئِذٍ كما في التَّمَلُّكِ وهو غَفْلةٌ عَمّا مَرَّ في الغصْبِ إنّ الاخْتِصاصَ يَحْرُمُ غَصْبه ولا يَضْمَن إنْ تَلفَ أو أُتْلفَ (**و**) عَقِبَ الأخْذِ (**يَعْرِفُ**) بفَتْحِ أوّله نَدْبًا على الأوجَه وِفاقًا للأذْرَعيِّ وغيرِه وخِلافًا لابنِ الرِّفْعةِ مَحَلَّ التِقاطِها و(**جِنْسَها وصِفَتَها**) الشّامِلَ لنَوْعِها (**وقدرَها**) بعَدَدٍ أو ذرْعٍ أو كَيْلٍ أو وزْنٍ

وعِفاصَها ووِكاءَها ثم يُعَرِّفُها في الأَسْواقِ وأبوابِ المساجِدِ ونَحْوِها ....

(وعِفاصَها) أيْ وِعاءَها تَوَسُّعًا إذْ أصْلُه جِلْدٌ يُلْبَسُ رَأسَ القارورةِ كذا قال شارِحٌ وفيه نَظَرٌ فإنّ عِبارةَ القاموسِ صَريحةٌ في أنّه مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الوِعاءِ الذي فيه النَّفَقةُ جِلْدًا أو خِرْقةً وغِلافُ القارورةِ والجِلْدِ الذي يُغَطَّى به رَأسُها (ووِكاءَها) بكَسْرِ أوَّله وبِالمدِّ أيْ خَيْطَها المشْدودةَ به لأمْرِه ﷺ بمَعْرِفةِ هَذيْنِ، وقيسَ بهما غيرُهُما لئَلاّ تَختلطَ بغيرِها وليَعْرِفَ صِدْقَ واصِفِها ويُسَنُّ تَقْييدُها بالكِتابةِ كما مَرَّ خَوْفَ النِّسْيانِ أمّا عندَ تَمَلُّكِها فتَجِبُ مَعْرِفةُ ذلك على الأوجَه ليَخْرُجَ مِنْه لمالكِها إذا ظَهَرَ (ثُمَّ) بَعْدَ مَعْرِفَتِه ذلك (يُعَرِّفُها) بضَمِّ أوَّله وُجوبًا أو نَدْبًا على ما مَرَّ بنَفْسِه أو نائِبِه من غيرِ أنْ يُسَلِّمَها له العاقِلُ الذي لم يَشْتَهِرْ بالمُجونِ والخلاعةِ ولو غيرَ عَدْلٍ إنْ وُثِقَ بقوله ولو مَحْجورًا عليه بسَفَهٍ وافْهَمْ قولَه ثم إنّه لا تَجِبُ المُبادَرةَ للتَّعْريفِ وهو ما صَحَّحاه لكنْ خالَفَ فيه القاضي أبو الطَّيِّبِ فقال يَجِبُ فوْرًا واعْتَمَدَه الغزاليُّ قيلَ قَضيّةُ الأوَّل جَوازُ التَّعْريفِ بَعْدَ عِشْرينَ سَنةً وهو في غايةِ البُعْدِ والظّاهِرُ أنّ مُرادَه بذلك عَدَمُ الفوْرِيّةِ المُتَّصِلةِ بالالتِقاطِ ا هـ.

وتَوَسَّطَ الأذْرَعِيُّ فقال لا يَجوزُ تَأخيرُها عَنْ زَمَنٍ تُطْلَبُ فيه عادةً ويَخْتَلفُ بقِلَّتِها وكَثْرَتِها ووافَقَه البُلْقينيُّ فقال يَجوزُ التَّأخيرُ ما لم يَغْلِبْ على ظَنِّه فواتُ مَعْرِفةِ المالكِ به ولم يَتَعَرَّضوا له انْتَهَى وقد تَعَرَّضَ له في النِّهايةِ فإنّه حَكَى فيها وجْهًا أنّ التَّعْريفَ يَنْفَعُ وإنْ نُسيَتِ اللُّقَطةُ.

وإنّ ذلك التَّأخيرَ يَتَجَبَّرُ بأنْ يُذْكَرَ في التَّعْريفِ وقْتَ وِجْدانِها وُجوبًا وأنّ مَنْ قال نَدْبًا فقد تَساهَلَ فالحاصِلُ أنّه مَتَى أخَّرَ حَتَّى ظَنّ نِسْيانَها ثم عَرَفَ وذكَرَ وقْتَ وِجْدانِها جازَ وإلاّ فلا وأنّ ما مَرَّ عَن الشَّيْخَيْنِ مُقَيَّدٌ بذلك وعَن الأذْرَعيِّ والبُلْقينيِّ قَويٌّ مُدْرَكًا لا نَقْلاً وفي نُكَتِ المُصَنِّفِ كالجيليِّ أنّه لو غَلَبَ على ظَنِّه أخْذُ ظالمٍ لَها حَرُمَ التَّعْريفُ وكانَتْ بيَدِه أمانةً أبَدًا أيْ فلا يَتَمَلَّكُها بَعْدَ السَّنةِ كما أفْتَى به الغزاليُّ لكنْ أفْتَى ابنُ الصَّبّاغِ بأنّه لو خُشيَ من التَّعْريفِ استِئْصالُ ماله عُذِرَ في تَرْكِه ولَه تَمَلُّكُها بَعْدَ السَّنةِ والأوَّلُ أوجَه (في الأسْواقِ) عندَ قيامِها (وأبوابِ المساجِدِ) عندَ خُروجِ النّاسِ مِنها؛ لأنّه أقْرَبُ إلى وِجْدانِها ويُكْرَه تَنْزيهًا مع رَفْعِ الصَّوْتِ كما في شَرْحِ المُهَذَّبِ وقيلَ تَحْريمًا وانْتَصَرَ له غيرُ واحِدٍ بل حَكَى فيه الماوَرْدِيُّ الاتِّفاقَ بمَسْجِدٍ كإنْشادِها فيه.واستَثْنَى الماوَرْديُّ والشّاشيُّ المسْجِدَ الحرامَ والفرْقُ أنّه لا يُمْكِنُ تَمَلُّكُ لُقَطةِ الحرَمِ فالتَّعْريفُ فيه مَحْضُ عِبادةٍ بخِلافِ غيرِه فإنّ المُعَرِّفَ مِنهم بقَصْدِ التَّمَلُّكِ وبِه يُرَدُّ على مَنْ ألْحَقَ به مَسْجِدَ المدينةِ والأقْصَى وعلى تَنْظيرِ الأذْرَعيِّ في تَعْميمِ ذلك لغيرِ أيّامِ الموْسِمِ (ونَحْوِها) من المجامِعِ والمحافِلِ ومَحاطِّ الرِّحالِ لما مَرَّ ولْيَكُنْ أكْثَرُه بمَحَلِّ وُجودِها ولا يَجوزُ له السَّفَرُ بها بل يُعْطيها بأمْرِ القاضي مَنْ يُعَرِّفُها وإلاّ ضَمِنَ نَعَم لمَنْ وجَدَها بالصَّحْراءِ تَعْريفُها بمَقْصِدِه قَرُبَ أمْ بَعُدَ استَمَرَّ أمْ تَغَيَّرَ وقيلَ يَتَعَيَّنُ أقْرَبُ البِلادِ لمَحَلِّها واختيرَ وإنْ جازَتْ بمَحَلِّها قافِلةٌ تَبِعَها وعَرَّفَها.

(فرْعٌ) وجَدَ ببَيْتِه دِرْهَمًا مَثَلاً وجَوَّزَ أنّه لمَنْ يَدْخُلونَه عَرَّفَه لَهم كاللُّقَطةِ قاله القفّالُ ويَجِبُ في غيرِ

سَنةً على العادةِ يُعَرِّفُ أَوَّلاً كُلَّ يَوْمٍ طَرَفَي النّهارِ ثم كُلَّ يَوْمٍ مَرّةً ثم كُلَّ أُسْبوعٍ ثم كُلَّ شَهْرٍ، ولا تَكْفي سَنةٌ مُتَفَرِّقةٌ في الأَصَحِّ. قُلْتُ: الأَصَحُّ تَكْفي، واللّٰه أَعْلَمُ.
وَلا يَلْزَمُه مُؤْنةُ التَّعْريفِ إنْ أَخَذَ لِحِفْظٍ، بل يُرَتِّبُها القاضي من بَيْتِ المالِ ....

الحقيرِ الذي لا يَفْسُدُ بالتَّأخيرِ أنْ يُعَرِّفَ للحِفْظِ بناءً على ما مَرَّ من وُجوبِ التَّعْريفِ فيه أو للتَّمَلُّكِ.

(سَنةً) من أَوَّلِ وقْتِ التَّعْريفِ للْخَبَرِ الصَّحيحِ فيه ولو وجَدَها اثْنانِ عَرَّفاها سَنةً ولو مُنْفَرِدَيْنِ عند السُّبْكيِّ؛ لأنّ قِسْمَتَها إنّما تكونُ عندَ التَّمَلُّكِ لا قَبْلَه وكُلَّ سَنةٍ عندَ ابنِ الرِّفْعةِ؛ لأنّه في النِّصْفِ كَلُقَطةٍ كامِلةٍ وهو المُتَّجه نَعَمْ لو أنابَ أَحَدُهما الآخَرَ اعْتُدَّ بتَعْريفِه عَنْهُما فيما يَظْهَرُ ويَظْهَرُ أيْضًا أنّه لو عَرَّفَ أَحَدُهما سَنةً دونَ الآخَرِ جازَ له تَمَلُّكُ نِصْفِها وطَلَبُ القِسْمةِ وقد يَجِبُ التَّعْريفُ سَنَتَيْنِ على واحِدٍ بأنْ يُعَرِّفَ سَنةً قاصِدًا الحِفْظَ بناءً على أنّ التَّعْريفَ حينَئِذٍ واجِبٌ ثم يُرَدُّ التَّمَلُّكُ فيَلْزَمُه من حينَئِذٍ سَنةٌ أُخْرَى ولا يُشْتَرَطُ استيعابُ السّنةِ كُلِّها بل يَكونُ (على العادةِ) زَمَنًا ومَحَلًّا وقدرًا (يُعَرِّفُ أَوَّلاً كُلَّ يَوْمٍ) مَرَّتَيْنِ (طَرَفَي النَّهارِ) أُسْبوعًا (ثُمَّ كُلَّ يَوْمٍ مَرّةً) طَرَفَه إلى أنْ يَتِمَّ أُسْبوعٌ آخَرُ (ثُمَّ كُلَّ أُسْبوعٍ مَرّةً أو مَرَّتَيْنِ) أيْ إلى أنْ يَتِمَّ سَبْعةُ أسابيعَ أَخْذًا مِمّا قَبْلَه (ثُمَّ) في (كُلِّ شَهْرٍ) مَرّةً بحَيْثُ لا يُنْسَى أنّ الأخيرَ تَكْرارٌ للأَوَّلِ وزيدَ في الأزْمِنةِ الأُوَلِ؛ لأنّ تَطَلُّبَ المالكِ فيها أَكْثَرُ وتَحْديدُ المرَّتَيْنِ وما بَعْدَهُما بما ذُكِرَ أوجَه من قول شارِحٍ مُرادُهم أنّه في ثَلاثةِ أَشْهُرٍ يُعَرِّفُ كُلَّ يَوْمٍ مَرَّتَيْنِ وفي مِثْلِها كُلَّ يَوْمٍ مَرّةً وفي مِثْلِها كُلَّ أُسْبوعٍ مَرّةً وفي مِثْلِها كُلَّ شَهْرٍ مَرّةً.

(تَنْبيهٌ) الظّاهِرُ أنّ هَذا التَّحْديدَ كُلَّه للنّدْبِ لا للْوُجوبِ كما يُفْهِمُه ما يَأتي أنّه يَكْفي سَنةٌ مُفَرَّقةٌ على أيِّ وجْهٍ كانَ التَّفْريقُ بقَيْدِه الآتي.

(ولا تَكْفي سَنةٌ مُتَفَرِّقةٌ) كَأنْ يُفَرِّقَ اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا من اثْنَيْ عَشَرَ سَنةً (في الأَصَحِّ)؛ لأنّ المفْهومَ من السّنةِ في الخَبَرِ التَّوالي وكما لو حَلَفَ لا يُكَلِّمُ زَيْدًا سَنةً (قُلت الأَصَحُّ تَكْفي واللّٰه أعْلَمُ) لإطْلاقِ الخَبَرِ وكما لو نَذَرَ صَوْمَ سَنةٍ ويُفَرِّقُ بَيْنَ هَذا والحلفِ بأنّ القَصْدَ به الامْتِناعُ والزَّجْرُ وهو لا يَتِمُّ إلاّ بالتَّوالي ومَحَلُّ هَذا إنْ لم يَفْحُش التَّأخيرُ بحَيْثُ يُنْسَى التَّعْريفُ الأَوَّلُ وإلاّ وجَبَ الاسْتِئْنافُ أو ذِكْرُ وقْتِ الوِجْدانِ أَخْذًا مِمّا مَرَّ في تَأخيرِ أَصْلِ التَّعْريفِ إذْ لا فرْقَ بَيْنَه وبَيْنَ هَذا ولو ماتَ المُلْتَقِطُ أثْناءَ التَّعْريفِ بَنَى وارِثُه كما بَحَثَه الزَّرْكَشيُّ وأبو زُرْعةَ ورَدَّ قولَ شَيْخِه البُلْقينيِّ الأقْرَبُ الاسْتِئْنافُ كما لا يُبْنَى على حَوْلِ موَرِّثِه في الزّكاةِ بحُصولِ المقْصودِ هُنا لا ثَمَّ لانْقِطاعِ حَوْلِ المورِّثِ بخُروجِ المِلْكِ عَنْه بمَوْتِه فيَسْتَأنِفُ الوارِثُ الحوْلَ لابْتِداءِ مِلْكِه (ويَذْكُرُ) نَدْبًا (بعضَ أوصافِها) في التَّعْريفِ كَجِنْسِها وعِفاصِها ووِكائِها ومَحَلِّ وِجْدانِها؛ لأنّه أقْرَبُ لوِجْدانِها ولا يَسْتَوْعِبُها أيْ يَحْرُمُ عليه ذلك لئَلاّ يَعْتَمِدَها كاذِبٌ فإنْ فعَلَ ضَمِنَ كما صَحَّحه في الرّوْضةِ؛ لأنّه قد يَرْفَعُه إلى مَنْ يَلْزَمُه الدّفْعُ بالصِّفاتِ وإذا ذُكِرَ الجِنْسُ لم تَجُز الزّيادةُ عليه على ما اعْتَمَدَه الأذْرَعيُّ (ولا تَلْزَمُه مُؤْنةُ التَّعْريفِ إن أخذ لحِفْظٍ) أو لا لحِفْظٍ ولا لتَمَلُّكٍ أو اخْتِصاصٍ؛ لأنّه لمَصْلَحةِ المالكِ (بل يُرَتِّبُها القاضي من بيْتِ المال) قَرْضًا

أو يَقْتَرِضُ على المالِكِ. وإنْ أخذَ لِتَمَلُّكٍ لَزِمَتْه، وقيلَ إنْ لم يَتَمَلَّكْ فعلى المالِكِ. والأصَحُّ أنّ الحقيرَ لا يُعَرَّفُ سَنةً بل زَمَنًا يُظَنُّ أنّ فاقِدَه يُعْرِضُ عنه غالِبًا.

كما قاله ابنُ الرِّفعةِ واعتُرِضَ بأنّ قَضيّةَ كَلامِهما أنّه تبَرُّعٌ واعتَمَدَه الأذْرَعيُّ (أو يَقْتَرِضُ) من اللاّقِطِ أو غيرِه (على المالكِ) أو يَأمُرُ المُلْتَقِطُ به ليَرْجِعَ على المالكِ أو يَبيعُ جُزْءًا مِنْها إنْ رَآه نَظيرُ ما مَرَّ في هَرَبِ الجِمال فيَجْتَهِدُ ويَلْزَمُه فِعْلُ الأحَظِّ للْمالكِ من هَذِه الأرْبعةِ فإنْ عَرَّفَ من غيرِ واحِدٍ مِمّا ذُكِرَ فمُتَبَرِّعٌ وظاهرُ المتْنِ وأصْله جَرَيانُ ذلك أوجَبنا التَّعْريفَ أو لا وصَرَّحَ به جَمْعٌ واعْتَمَدَه مُحقِّقو المُتأخِّرينَ ويوافِقُه كَلامُ الرّوْضةِ وأصْلها.

وهو إنْ قُلْنا لا يَجِبُ التَّعْريفُ فهو مُتَبَرِّعٌ إنْ عَرَّفَ وإنْ قُلْنا يَجِبُ فلَيْسَ عليه مُؤْنَتُه بل يُرْفَعُ الأمْرُ إلى القاضي وذُكِرَ ما في المتْنِ وهو صَريحٌ فيما ذُكِرَ وبِه صَرَّحَ الأذْرَعيُّ فقال لا تَلْزَمُه مُؤْنةُ التَّعْريفِ في ماله على القوْلَيْنِ خِلافًا لما نَقَلَه الغزاليُّ أنّ المُؤْنةَ تابعةٌ للْوُجوبِ، (وإنْ أخذ) رَشيدٌ (للتَّمَلُّكِ) أو الاخْتِصاصِ ابْتِداءً أو في الأثْناءِ ولو بَعْدَ لَقْطِه للْحِفْظِ (لَزِمَته) مُؤْنةُ التَّعْريفِ وإنْ لم يَتَمَلَّكْ بَعْدُ؛ لأنّ الحظَّ له في ظَنِّه حالةَ التَّعْريفِ (وقيلَ إنْ لم يَتَمَلَّكْ فعلى المالكِ) لعَوْدِ الفائِدةِ له قيلَ الأولَى في حِكايةِ هَذا ليوافِقَ ما في الرّوْضةِ وقيلَ إنْ ظَهَرَ للْمالكِ فعليه ليَشْمَلَ ظُهورَه بَعْدَ التَّمَلُّكِ أمّا غيرُ الرّشيدِ فلا يُخْرِجُ وليُّه مُؤْنَتَه من ماله وإنْ رَأى التَّمَلُّكَ له أحَظَّ بل يَرْفَعُها للْحاكِمِ ليَبيعَ جُزْءًا مِنْها لمُؤْنَتِه وإنْ نازَعَ فيه الأذْرَعيُّ (والأصَحُّ أنّ الحقيرَ) قيلَ هو دينارٌ وقيلَ دِرْهَمٌ وقيلَ وزْنُه وقيلَ دونَ نِصابِ السّرِقةِ والأصَحُّ عندَهُما أنّه لا يَتَقَدَّرُ بل ما يُظَنُّ أنّ صاحِبَه لا يُكْثِرُ أسَفَه عليه ولا يَطولُ طَلَبُه له غالبًا (لا يُعَرَّفُ سَنةً)؛ لأنّ فاقِدَه لا يَتَأسَّفُ عليه سَنةً وأطالَ جَمْعٌ في تَرْجيحِ المُقابِلِ بأنّه الذي عليه الأكْثَرونَ والموافِقُ لقولِهما أنّ الاخْتِصاصَ يُعَرِّفُه سَنةً ثم يَخْتَصُّ به ويُرَدُّ بأنّ الكلامَ كما هو ظاهرٌ في اخْتِصاصِ عَظيمِ المنفَعةِ يَكْثُرُ أسَفُ فاقِدِه عليه سَنةً غالبًا (بل) الأصَحُّ أنّه لا يَلْزَمُه أنْ يُعَرِّفَه إلاّ (زَمَنًا يُظَنُّ أنّ فاقِدَه يُعْرِضُ عَنه) بَعْدَه (غالبًا) ويَخْتَلِفُ باخْتِلافِه فدانَقُ الفِضّةِ حالاً والذّهَبُ نَحْوُ ثَلاثةِ أيّامٍ وبِقولِي بَعْدَه السِّياقُ الدّالُّ عليه انْدَفَعَ ما قيلَ الأولَى أنْ يَقولَ لا يُعْرِضُ عَنه أو إلى زَمَنٍ يَظُنُّ أنّ فاقِدَه يُعْرِضُ عَنه فيُجْعَلُ ذلك الزّمَنُ غايةً لتَرْكِ التَّعْريفِ لا طَرَفًا للتَّعْريفِ هَذا كُلُّه إنْ تَموَّلَ وإلاّ كَحَبّةِ زَبيبٍ استَبَدَّ به واجِدُه ولو في حَرَمِ مَكّةَ كما هو ظاهرٌ وقد سَمِعَ عُمَرُ رضي الله عنه مَنْ يَنْشُدُ في الطّوافِ زَبيبةً فقال إنّ من الورَعِ ما يَمْقُتُه اللّه، ورَأى ﷺ تَمْرةً في الطّريقِ فقال: «لولا أخْشَى أنْ تكونَ صَدَقةً لأخَذْتها»[(١)] قيلَ هو مُشْكِلٌ؛ لأنّ الإمامَ يَلْزَمُه أخْذُ المال الضّائِعِ لحِفْظِه ولَيْسَ في مَحلِّه؛ لأنّ ذلك يَقْتَضي إعْراضَ مالِكِها عَنها وخُروجَها عَنْ مِلْكِه فهيَ الآنَ مُباحةٌ فتَرَكَها لمَنْ يُريدُ تَمَلُّكَها مُشيرًا له إلى ذلك ويَجوزُ أخْذُ نَحْوِ سَنابِلِ الحصادَيْنِ التي اعْتيدَ الإعْراضُ عَنها وقولُ الزّرْكَشيّ يَنْبَغي

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٢٣٠٠]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٠٧٠]، وغيرهما من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه به نحوه.

فَصْلٌ

إذا عَرَّفَ سَنةً لم يَملِكْها حتّى يَخْتارَه بلَفْظٍ كَتَمَلَّكْت، وقيلَ تَكْفي النّيّةُ، وقيلَ يَملِكُ بمُضيِّ السّنةِ فإنْ تَمَلَّكَ فَظَهَرَ المالِكُ واتَّفَقا على رَدِّ عَيْنِها فَذاكَ، وإنْ أرادَها المالِكُ وأرادَ المُلْتَقِطُ العُدولَ إلى بَدَلِها أُجيبَ المالِكُ في الأَصَحِّ. وإنْ تَلِفَتْ غَرِمَ مِثْلَها أو قيمَتَها يومَ التَّمَلُّكِ، ....

تَخْصيصُه بما لا زَكاةَ فيه أو بمَنْ تَحِلُّ له كالفقيرِ مُعْتَرَضٌ بأنّ الظّاهرَ اغْتِفارُ ذلك كما جَرَى عليه السّلَفُ والخلَفُ. وبَحَثَ غيرُه تَقْييدَه بما لَيْسَ فيه حَقٌّ لمَنْ لا يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِه اعْتَرَضَه البُلْقينيُّ بأنّ ذلك إنّما يَظْهَرُ في نَحْوِ الكِسْرةِ مِمّا قد يُقْصَدُ وسَبَقَتِ اليدُ عليه بخِلافِ السّنابِلِ وأُلْحِقَ بها أَخْذُ ماءٍ مَمْلوكٍ يُتَسامَحُ به عادةً ومَرَّ في الزّكاةِ ويَأْتي قُبَيْلَ الأُضْحيّةِ ما له تَعَلُّقٌ بذلك فراجِعْهُ.

(فصْلٌ) في تَمَلُّكِها وغُرْمِها وما يَتْبَعُهُما

(إذا عَرَّفَ) اللُّقَطةَ بَعْدَ قَصْدِه تَمَلُّكَها (سَنةً) أو دونَها في الحقيرِ جازَ له تَمَلُّكُها إلاّ في صوَرٍ مَرَّتْ كَأنْ أخذَها للْخيانةِ أو أعْرَضَ عَنْه أو كانَتْ أمةً تَحِلُّ له وقولُ الزّرْكَشيّ يَنْبَغي أنّه يُعَرِّفُها ثم تُباعُ ويَتَمَلَّكُ ثَمَنَها نَظيرُ ما مَرَّ فيما يَتَسارَعُ فسادُه يُرَدُّ بوُضوحِ الفرْقِ بأنّ هَذا مانِعُه عَرَضيٌّ وهيَ مانِعُها ذاتيٌّ يَتَعَلَّقُ بالبُضْعِ لما مَرَّ في القرْضِ وهو يَمْتازُ بمَزيدِ احتياطٍ وإذا أرادَه (لم يَملكْها حَتَّى يَخْتارَه بلَفظٍ) من ناطِقٍ صَريحٍ فيه (كَتَمَلَّكْتُ) أو كِنايةٍ مع النّيّةِ فيما يَظْهَرُ كما هو قياسُ سائِرِ الأبْوابِ كَأخْذِه أو إشارةِ أخْرَسَ وبَحَثَ ابنُ الرِّفْعةِ أنّه لا بُدَّ في الاخْتِصاصِ كَكَلْبٍ وخَمْرٍ مُحْتَرَمَيْنِ من لَفظٍ يَدُلُّ على نَقْلِ الاخْتِصاصِ الذي كانَ لغيرِه لنَفْسِه (وقيلَ تَكْفي النّيّةُ) أيْ تَجْديدُ قَصْدِ التَّمَلُّكِ إذْ لا مُعاوَضةَ ولا إيجابَ (وقيلَ تُمْلَكُ بمُضيِّ السّنةِ) بَعْدَ التَّعْريفِ اكْتِفاءً بقَصْدِ التَّمَلُّكِ السّابِقِ (فإنْ تَمَلَّكَها) فلم يَظْهَر المالكُ لم يُطالَبْ بها في الآخِرةِ؛ لأنّها من كَسْبِه كما في شَرْحِ مُسْلم أو (فظَهَرَ المالكُ) وهيَ باقيةٌ بحالِها (واتَّفَقا على رَدِّ عَيْنِها) أو بَدَلِها (فذاكَ) ظاهرٌ إذ الحقُّ لا يَعْدوهُما ومُؤْنةُ الرّدِّ عليه ويَرُدُّها بزيادَتِها المُتَّصِلةِ.

لا المُنْفَصِلةِ إنْ حَدَثَتْ بَعْدَ التَّمَلُّكِ وإلاّ رَجَعَ فيها لحُدوثِها بمِلْكِه وإنْ أرادَها المالكُ وأرادَ المُلْتَقِطُ العُدولَ إلى بَدَلِها أو لم يَتَعَلَّقْ بها حَقٌّ لازِمٌ يَمْنَعُ بَيْعَها (أُجيبَ المالكُ في الأصَحِّ) كالقرْضِ ومِنْ ثَمَّ لو تَعَلَّقَ بها ذلك تَعَيَّنَ البدَلُ فإنْ لم يَتَنازَعا ورَدَّها له سَليمةً لَزِمَه القبولُ (فإنْ تَلفَتْ) الممْلوكَةُ حِسًّا أو شَرْعًا بَعْدَ التَّمَلُّكِ (غَرِمَ مِثْلَها) إنْ كانَتْ مِثْليّةً (أو قيمَتَها) إنْ كانَتْ مُتَقَوَّمةً وبَحَثَ ابنُ الرِّفْعةِ أخْذًا من تَشْبيهها بالقرْضِ أنّه يَجِبُ فيما له مِثْلٌ صوريٌّ رَدُّ المِثْلِ الصّوريِّ ورَدَّه الأذْرَعيُّ بأنّه لا يَبْعُدُ الفرْقُ وهو كما قال وذلك؛ لأنّ ذاكَ تَمَلُّكٌ برِضا المالكِ وإحْسانِه فروعيَ وهَذا قَهْريٌّ عليه فكانَ بضَمانِ اليدِ أشْبَهَ أمّا المُخْتَصّةُ فلا بَدَلَ لها ولا لمَنْفَعَتِها كالكلْبِ وتُعْتَبَرُ قيمَتُها (يَوْمَ التَّمَلُّكِ) أيْ

وإنْ نَقَصَتْ بعَيْبٍ فَلَه أخْذُها مع الأَرْشِ في الأَصَحِّ. وإذا ادَّعاها رَجُلٌ ولم يَصِفْها ولا بَيِّنَةَ لم تُدْفَعْ إليه، وإنْ وصَفَها وظَنّ صِدْقَه جازَ الدّفْعُ إليه ولا يَجِبُ على المذْهَبِ، فإنْ دَفَعَ

وقْتَه؛ لأنّه وقْتُ دُخولها في ضَمانِه (وإنْ نقَصَت بعَيبٍ) أو نَحْوِه طَرَأ بَعْدَ التَّمَلُّكِ (فلَه) بل يَلْزَمُه لو طَلَبَ بَدَلَها والمُلْتَقِطُ رَدَّها مع أرشِها (أخذُها من الأرشِ في الأصَحِّ) للْقاعِدةِ أنّ ما ضُمِنَ كُلُّه عندَ التَّلَفِ يُضْمَنُ بعضُه عندَ النّقْصِ قيلَ ولم يَخْرُجْ عَنها إلاّ المُعَجَّلُ فإنّه لا يَجِبُ أرشُه كما مَرَّ ولو وجَدَها مَبيعةً في زَمَنِ الخيارِ الذي لم يَخْتَصَّ بالمُشْتَري فلَه الفسْخُ وأخْذُها على ما جَزَمَ به ابنُ المُقْري ويوافِقُه قولُ الماوَرْديِّ للْبائِعِ الرُّجوعُ في المبيعِ إذا باعَه المُشْتَري وحُجِرَ عليه بالفلَسِ في زَمَنِ الخيارِ إلاّ أنْ يُفَرَّقَ بأنّ الحجْرَ ثَمَّ مُقْتَضٍ للتّفْويتِ ولا كَذلك هُنا وبِه يَتَأيَّدُ ما اقْتضاه كَلامُ الرّافِعيِّ أنّه إنْ لم يَفْسَخْه انْفَسَخَ كما لو باعَ العدْلُ الرّهْنَ بثَمَنِ مِثْلِه وطُلبَ في المجْلسِ بزيادةٍ أيْ فكما أنّ العدْلَ يَلْزَمُه الفسْخُ وإلاّ انْفَسَخَ رِعايةً لمَصْلَحةِ المالكِ فكَذا البائِعُ هُنا يَلْزَمُه ذلك لمَصْلَحةِ المالكِ؛ لأنّ الفرْضَ أنّه أرادَ الرُّجوعَ لعَيْنِ ماله فإنْ قُلْت ما الفرْقُ بَيْنَ المالكِ هُنا والشّفيعِ فإنّ له إبْطالَ تَصَرُّفِ المُشْتَري قُلْت يُفَرَّقُ بأنّ الشّفيعَ لو لم يَجُزْ له ذلك ضاعَ حَقُّه من أصْله.

ولا كَذلك المالكُ هُنا فإنّه حَيْثُ تَعَذَّرَ رُجوعُه وجَبَ له البدَلُ (وإذا ادَّعاها رَجُلٌ ولم يَصِفْها ولا بَيِّنَة) له بها (لم تُدفَعْ) أيْ لم يَجُزْ دَفْعُها (إلَيه) ما لم يَعْلم أنّها له لخَبَرِ «لو أُعطيَ النّاسُ بدَعْواهُمْ»[1] ويَكْفي في البيِّنةِ شاهِدٌ ويَمينٌ ولا يَكْفي إخْبارُها للْمُلْتَقِطِ بل لا بُدَّ من سَماعِ القاضي لَها وقَضائِه على المُلْتَقِطِ بالدّفْعِ فإنْ خُشيَ مِنْه انْتِزاعُها لشِدّةِ جَوْرِه احتَمَلَ الاكْتِفاءُ بإخْبارِها للْمُلْتَقِطِ واحتَمَلَ أنّهما يُحَكِّمانِ مَنْ يَسْمَعُها ويُقْضَى على المُلْتَقِطِ ولَعَلَّ هَذا أقْرَبُ.

(وإنْ وصَفَها) وصْفًا أحاطَ بجَميعِ صِفاتِها (وظَنّ) المُلْتَقِطُ (صِدْقَه جازَ الدّفْعُ) إلَيْه قَطْعًا عَمَلاً بظَنّه بل يُسَنُّ هَذا إن اتَّحَدَ الواصِفُ وإلاّ بأن ادَّعاها كُلٌّ لنَفْسِه ووَصَفَها لم تُسَلَّمْ لأحَدٍ إلاّ بحُجّةٍ كَبَيِّنةٍ سَليمةٍ من المُعارِضِ.

(ولا يَجِبُ على المذْهَبِ)؛ لأنّه مُدَّعٍ فيَحْتاجُ للْبَيِّنةِ ومُتَّهَمٌ باحتِمال سَماعِه لوَصْفِها من نَحْوِ مالكِها أمّا إذا لم يُظَنّ صِدْقُه فلا يَجوزُ الدّفْعُ لَه نَعَمْ لو قال له الواصِفُ يَلْزَمُك تَسْليمُها إلَيَّ حَلَفَ قال شارِحٌ إنْ لم يَعْتَقِدْ وُجوبَ الدّفْعِ بالوصْفِ أنّه لا يَلْزَمُه ذلك فإنْ نَكَلَ ولم يَكُنْ تَمَلَّكَها فهَلْ تُرَدُّ هَذِه اليمينُ كَغيرِها أو لا؛ لأنّ الرّدَّ كالإقْرارِ وإقْرارُ المُلْتَقِطِ لا يُقْبَلُ على مالكِها بفَرْضِ أنّه غيرُ الواصِفِ كُلٌّ مُحْتَمَلٌ وإنْ قال تَعْلَمُ أنّها مِلْكي حَلَفَ أنّه لا يَعْلَمُ ولو تلَفَتْ فشَهِدَتِ البيِّنةُ بوَصْفِها ثَبَتَتْ ولَزِمَه بَدَلُها كما في البحْرِ عَن النّصِّ وظاهِرٌ أنّ مَحَلَّه إنْ ثَبَتَ بإقْرارِه أو غيرِه أنّ ما شَهِدَتْ به البيِّنةُ من الوصْفِ هو وصْفُها (فإنْ دَفَعَ) اللُّقَطةَ لإنْسانٍ بالوصْفِ.

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٤٢٧٧]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٧١١]، وغيرهما من حديث: ابن عباس رضي الله عنه.

فأقامَ آخَرُ بَيِّنةً بها حوِّلَتْ إليه، فإنْ تَلِفَتْ عندَه فَلِصاحِبِ البيِّنةِ تَضْمينُ المُلْتَقِطِ، والمدْفوعِ إليه، والقرارُ عليهِ. قُلْت: لا تَحِلُّ لُقَطةُ الحرَمِ لِلتَّمَلُّكِ على الصّحيحِ، ويَجِبُ تَعْريفُها قَطْعًا، واللَّه أعْلمُ.

(فأقامَ آخَرُ بَيْنةً) أيْ حُجّةً بأنّها مِلْكه قال الشّيْخُ أبو حامِدٍ وغيرُه بأنّها لا تُعْلمُ أنّها انْتَقَلَتْ مِنْه ويوَجّه بفَرْضِ اعْتِمادِه بالاحتياطِ للْمُلْتَقِطِ لكوْنِه لم يُقَصِّرْ (حوِّلَتْ إلَيه)؛ لأنّ الحُجّةَ توجِبُ الدّفْعَ بخِلافِ الوصْفِ (فإنْ تَلفَتْ عندَه) أيِ الواصِفِ المدْفوعِ إلَيْه لا بإلْزامِ حاكِمٍ يَرَى وُجوبَ الدّفْعِ إلَيْه بالوصْفِ (فلصاحِبِ البيِّنةِ تَضمينُ المُلْتَقِطِ)؛ لأنّه بانَ أنّه سَلَّمَ ما لَيْسَ له تَسْليمُه (والمدْفوعُ إليْه)؛ لأنّه بانَ أنّه أخذ مِلْكَ الغيرِ وخَرَجَ بدَفْعِ اللُّقَطةِ ما لو تَلفَتْ عندَه ثم غَرِمَ للْواصِفِ قيمَتَها فلَيْسَ لمالِكِها تَغْريمُ الواصِفِ؛ لأنّ ما أخَذه مالُ المُلْتَقِطِ لا المُدَّعي (والقرارُ عليه) أيْ على المدْفوعِ إلَيْه لتَلَفِه في يَدِه فيَرْجِعُ عليه اللاّقِطُ بما غَرِمَه ما لم يُقِرَّ له بالمِلْكِ؛ لأنّه حينَئِذٍ يَزْعُمُ أنّ الظّالم له هو ذو البيِّنة وفارَقَ مَا لو اعْتَرَفَ المُشْتَري للْبائعِ بالمِلْكِ ثم استُحِقَّ المبيعُ فإنّه يَرْجِعُ عليه بالثّمَنِ؛ لأنّه إنّما اعْتَرَفَ له بالمِلْكِ لظاهِرِ اليدِ بأنّ اليدَ دَليلُ المِلْكِ شَرْعًا فعُذِرَ بالاعْتِرافِ المُسْتَنِدِ إليها بخِلافِ الوصْفِ فكانَ مُقَصِّرًا بالاعْتِرافِ المُسْتَنِدِ إلَيْه، (قُلْت لا تَحِلُّ لُقَطةُ الحرَمِ) المكّيِّ (للتَّمَلُّكِ) ولا بلا قَصْدِ تَمَلُّكٍ (ولا حِفْظٍ على الصّحيح) بل لا تَحِلُّ إلاّ للْحِفْظِ أبَدًا للْخبَرِ الصّحيحِ «لا تَحِلُّ لُقَطتُها إلاّ لمُنْشِدٍ»[1] أيْ لمُعَرِّفٍ على الدّوامِ وإلاّ فسائِرُ البِلادِ كَذلك فلا تَظْهَرُ فائِدةُ التَّخْصيصِ وادِّعاءُ أنّها دَفْعُ إيهامِ الاكْتِفاءِ بتَعْريفِها في الموْسِمِ يَمْنَعُه أنّه لو كانَ هَذا هو المُرادَ لَبَيَّنَه وإلاّ فإيهامُ ما قُلْناه المُتَبادَرُ مِنْه أشَدُّ؛ ولأنّ النّاسَ يَكْثُرُ تَكَرُّرُ عَوْدِهِمْ إلَيْه فرُبَّما عادَ مالكُها أو نائِبُه فغَلَّظَ على آخِذِها بتَعَيُّنِ حِفْظِها عليه كما غُلِّظَ على القاتِلِ فيه خَطَأً بتَغْليظِ الدّيةِ عليه مع عَدَمِ إساءَتِه وخَرَجَ بالحرَمِ الحِلُّ ولو عَرَفةَ كما صَحَّحَه في الانْتِصارِ؛ لأنّ ذلك من خَصائِصِ الحرَمِ وفي وجْهٍ لا فرْقَ وانْتَصَرَ له بخَبَرِ مُسْلم «نَهى عَنْ لُقَطةِ الحاجِّ» أيْ مَجْمَعِ جَميعِهِمْ لئَلاّ يَدْخُلَ فيه كُلُّ فِرْقةٍ مِنْهم وبالمكّيِّ حَرَمُ المدينةِ واخْتارَ البُلْقينيُّ استِواءَهُما (ويَجِبُ تَعْريفُها) أيِ الملْقوطةِ فيه للْحِفْظِ (قَطعًا واللَّه أعْلَمُ) للْخَبَرِ فتَلْزَمُه الإقامةُ له أو دَفْعُها للْقاضي أيِ الأمينِ فإنْ أرادَ سَفَرًا ولا قاضي أمينٌ ثم اتَّجَهَ جَوازُ تَرْكِها عندَ أمينٍ.

(فرْعٌ) التقَطَ مالاً ثم ادَّعى أنّه مَلَكَه قَبِلَ قوله كما في الكِفايةِ قال الغزّيّ ومَحَلُّه عندَ عَدَمِ المُنازِعِ بخِلافِ ما لو التقَطَ صَغيرًا ثم ادَّعى أنّه مَلَكَه لا يُقْبَلُ قولُه فيه.



(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٢٣٠٢]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٣٥٥]، وغيرهما من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب اللّقيطِ

التِقاطُ المنْبوذِ فَرْضُ كِفايةٍ، ويَجِبُ الإشْهادُ عليه في الأصَحِّ، وإنّما تَثْبُتُ وِلايةُ الالتِقاطِ لِمُكَلَّفٍ حُرٍّ مُسْلِمٍ عَدْلٍ رَشيدٍ.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

(كِتابُ اللّقيطِ)

فعيلٌ بمَعْنَى مَفْعولٍ ويُقالُ له مَنبوذٌ ودَعِيٌّ وهو شَرْعًا طِفْلٌ يُنْبَذُ بنَحْوِ شارعٍ لا يُعْرَفُ له مُدَّعٍ فهو من مَجازِ الأوَّلِ وذِكْرُ اللّقْطِ للْغالبِ إذ الأصَحُّ أنّ المُمَيِّزَ والبالغ المجْنونَ يُلْتَقَطانِ لاحتياجِهِما إلى التَّعَهُّدِ والأصْلُ فيه قوله تعالى: ﴿وَمَنۡ أَحۡيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحۡيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعٗاۚ﴾ [المائدة:٣٢] وقوله تعالى: ﴿وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ﴾ [الحج:٧٧] وأركانُه لَقيطٌ ولاقِطٌ ولَقْطٌ وسَتُعْلَمُ من كَلامِه.

(التِقاطُ المنبوذِ) أي المطْروحِ والتَّعْبيرُ به للْغالبِ أيْضًا كما عُلِمَ (فرْضُ كِفايةٍ) صيانةً للنّفْسِ المُحْتَرَمةِ عَن الهلاكِ هَذا إنْ عَلِمَ به جَمْعٌ ولو مُتَرَتِّبًا على المُعْتَمَدِ وإلاّ ففَرْضُ عَيْنٍ وفارَقَ ما مَرَّ في اللُّقَطةِ بأنّ المُغَلَّبَ فيها مَعْنَى الاكْتِسابِ المجبول على حُبِّه النُّفوسُ كالوطْءِ في النّكاحِ، (ويَجِبُ الإشْهادُ عليه) أي الالتِقاطُ وإنْ كانَ المُلْتَقِطُ مَشهورَ العدالةِ (في الأصَحِّ) لئَلاّ يُسْتَرَقَّ ويَضيعَ نَسَبُه المبنيُّ على الاحتياطِ له أكْثَرَ من المال ووُجوبُه على ما معه المنْصوصُ عليه في المُخْتَصَرِ وقَعَ بطَريقِ التَّبَعِ له فلا يُنافي ما مَرَّ في اللُّقَطةِ ومَتَى تَرَكَ الإشْهادَ لم تَثْبُتْ له وِلايةُ الحضانةِ إلاّ إنْ تابَ وأشْهَدَ فيَكونُ التِقاطًا جَديدًا من حينَئِذٍ كما بَحَثَه السُّبْكيُّ مُصَرِّحًا بأنّ تَرْكَ الإشْهادِ فِسْقٌ نَعَمْ قال الماوَرْديُّ وغيرُه مَتَى سَلَّمَه له الحاكِمُ سُنَّ ولا يَجِبُ؛ لأنّ تَسْليمَه حُكْمٌ يُغْني عَنه انْتَهَى وإنّما يَتأتّى هَذا التَّعْليلُ على الضّعيفِ أنّ تَصَرُّفَ الحاكِمِ حُكْمٌ مُطْلَقًا فالوجْه تَعْليلُه بأنّ تَسْليمَ الحاكِمِ فيه مَعْنَى الإشْهادِ فأغْنَى عَنْه ويَجوزُ التِقاطُ الصّبيِّ المُمَيِّزِ؛ لأنّ فيه حِفْظًا له وقيامًا بتَرْبيَتِه بل لو خُشِيَ ضَياعُه لم يَبْعُدْ وُجوبُ التِقاطِه ويَجِبُ رَدُّ مَنْ له كافِلٌ كَوَصيٍّ وقاضٍ ومُلْتَقِطٍ لكافِلِه.

(وإنّما تَثْبُتُ وِلايةُ الالتِقاطِ لمُكَلَّفٍ حُرٍّ) ولو فقيرًا؛ لأنّ طَلَبَه لقوتِه لا يَشْغَلُه (مُسْلمٌ) إنْ حُكِمَ بإسْلامِ اللّقيطِ بالدّارِ وإلاّ فللْكافِرِ العدْلِ في دينِه التِقاطُه وبَحَثَ ابنُ الرِّفْعةِ جَوازَ التِقاطِ اليهوديِّ للنّصْرانيِّ وعَكْسُه كالتّوارُثِ وخالَفَه الأذْرَعيُّ بناءً على الأصَحِّ أنّه لا يُقَرُّ على انْتِقاله لدينِ مُلْتَقِطِه اللاّزِمِ من تَمْكينِه من التِقاطِه وفيه نَظَرٌ؛ لأنّ المُمْتَنِعَ الانْتِقالُ الاخْتياريُّ على أنّه قد يُخَيَّرُ بَيْنَ الدّينَيْنِ كما يَأتي قُبَيْلَ نِكاحِ المُشْرِكِ (عَدْلٌ) ظاهرًا فيَشْمَلُ المستورَ وسَيُصَرِّحُ بأهليَّتِه لكنْ يوكِّلُ القاضي به مَنْ يُراقِبُه خُفْيةً لئَلاّ يَتأذّى فإذا وُثِقَ به صارَ كمَعْلومِ العدالةِ (رَشيدٌ) ولو أُنْثَى كما هو شأنُ سائِرِ

ولو التقطَ عبدٌ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه انْتُزِعَ منه، فإنْ عَلِمَه فأقَرَّه عندَه أو التقطَ بإذْنِه فالسّيِّدُ المُلْتَقِطُ. ولو التقطَ صَبيٌّ أو فاسِقٌ أو مَحْجورٌ عليه أو كافِرٌ مُسْلِمًا انْتُزِعَ منهُ. ولو ازْدَحَمَ اثْنانِ على أخْذِه جَعَلَه الحاكِمُ عندَ مَنْ يَراه منهما أو من غيرِهما، وإنْ سَبَقَ واحِدٌ فالتقطَه مُنِعَ الآخَرُ من مُزاحَمَتِه، وإن التقَطاه مَعًا وهما أهلٌ، فالأَصَحُّ أنّه يُقَدَّمُ غَنيٌّ على فَقيرٍ

الوِلاياتِ على الغيرِ وقَضيّةُ كَلامِه وُجودُ العدالةِ مع عَدَمِ الرُّشْدِ ولا يُنافيه خِلافًا لمَنْ ظَنّه اشْتِراطَهم في قَبول الشّهادةِ السّلامةُ من الحجْرِ؛ لأنّ العدالةَ السّلامةُ من الفِسْقِ وإنْ لم تُقْبل معها الشّهادةُ والسّفيه قد لا يُفَسَّقُ وبَحَثَ الأذْرَعيُّ اعْتِبارَ البصَرِ وعَدَمَ نَحْوِ بَرَصٍ إذا كانَ المُلْتَقِطُ يَتعاهَدُه بنَفْسِه كما في الحاضِنةِ، (ولو التقَطَ عبدٌ) أيْ قِنٌّ ولو مُكاتَبًا ومُبَعَّضًا ولو في نَوْبَتِه كما رَجَّحه الأذْرَعيُّ وغيرُه (بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه انْتُزِعَ) اللّقيطُ مِنْه؛ لأنّه وِلايةٌ وتَبَرُّعٌ ولَيْسَ من أهلهما (فإنْ عَلِمَه) أي التِقاطَه (فأقَرَّه عندَه أو التقطَ) غيرُ المُكاتَبِ (بإذْنِ سَيِّدِه) كَأنْ قال له خُذْه وإنْ لم يَقُلْ لي فيما يَظْهَرُ خِلافًا لما يوهِمُه كَلامُ شارِحٍ وشَرْطُ قوله ذلك له وهو غائِبٌ عَنْه عَدالةُ القِنِّ ورُشْدُه فيما يَظْهَرُ (فالسّيِّدُ المُلْتَقِطُ) والعبْدُ نائِبُه في الأخْذِ والتَّرْبيةِ بخِلافِ المُكاتَبِ لا يَكونُ نائِبًا عَنه عندَ أمْرِه بمُطْلَقِ الالتِقاطِ لاستِقْلاله ولا لاقِطًا؛ لأنّه غيرُ حُرٍّ فيُنْزَعُ مِنْه ولا يَكونُ السّيِّدُ لاقِطًا إلاّ إنْ قال له التقِطْ لي ولو أذِنَ لمُبَعَّضٍ ولا مُهايَأةَ أو وثَمَّ مُهايَأةٌ وهو في نَوْبةِ السّيِّدِ فكانَ أو في نَوْبةِ المُبَعَّضِ فباطِلٌ على الأوجَه ما لم يَقُلْ له عَنّي كما هو ظاهِرٌ فيَكونُ نائِبَه.

(ولو التقَطَ صَبيٌّ) أو مَجْنونٌ (أو فاسِقٌ أو مَحْجورٌ عليه) بسَفَهٍ ولو كافِرًا لَقيطًا (أو كافِرٌ مُسْلمًا انْتُزِعَ) أي انْتَزَعَه الحاكِمُ مِنْه وُجوبًا لانْتِفاءِ أهليَّتِهِمْ وظاهِرُ تَخْصيصِهم الانْتِزاعَ بالحاكِمِ أنّه لو أخَذه أهلٌ من واحِدٍ مِمَّنْ ذُكِرَ لم يُقَرَّ وعليه فيُفَرَّقُ بَيْنَ هَذا وأخْذِه ابْتِداءً بأنّه هُنا وُجِدَتْ يَدٌ والنّظَرُ فيها حَيْثُ وُجِدَتْ إنّما هو للحاكِمِ بخِلافِ ما إذا لم توجَدْ فإنّه في حُكْمِ المُباحِ فإذا تَأهَّلَ آخِذُه لم يُعارَضْ أمّا المحْكومُ بكُفْرِه بالدّارِ فيُقَرُّ بيَدِ الكافِرِ كما مَرَّ، (ولو ازْدَحَمَ اثْنانِ على أخْذِه) فأرادَه كُلٌّ وهُما أهلٌ (جَعَلَه الحاكِمُ عندَ مَنْ يَراه مِنْهما أو من غيرِهما) إذْ لا حَقَّ لَهُما قَبْلَ أخْذِه فلَزِمَه فِعْلُ الأحَظِّ له.

(وإنْ سَبَقَ واحِدٌ فالتقطَه مُنِعَ الآخَرُ من مُزاحَمَتِه) للْخَبرِ السّابِقِ من سَبَقَ إلى ما لم يُسْبَقْ إلَيْه فهو أحَقُّ به أمّا لو لم يَلْتَقِطْه فلا حَقَّ له وإنْ وقَفَ على رَأسِه ويَتَرَدَّدُ النّظَرُ فيما لو سَبَقَ بوَضْعِ يَدِه على بَدَنِه أو بجَرِّه على الأرضِ من غيرِ أخْذٍ له هَلْ يَثْبُتُ به حَقٌّ أو لا وظاهِرُ تَعْبيرِهِمْ بالأخْذِ يَقْتَضي الثّاني لكن الذي يَتَّجِه في الجرِّ أنّه كالأخْذِ؛ لأنّ المدارَ على الاستيلاءِ وهو يَحْصُلُ بالجرِّ لا مُجَرَّدِ وضْعِ اليدِ من غيرِ أخْذٍ (وإن التقَطاه مَعًا وهُما أهلٌ) لحِفْظِه وحِفْظِ ماله (فالأصَحُّ أنّه يُقَدَّمُ غَنيٌّ) ويَظْهَرُ ضَبْطُه بغَنيِّ الزّكاةِ بدَليل مُقابَلَتِه بالفقيرِ (على فقيرٍ)؛ لأنّه أرفَقُ به غالبًا وقد يواسيه بماله وبقَولي غالبًا انْدَفَعَ ما للأذْرَعيِّ وغيرِه ولا عِبْرةَ بتَفاوُتِهِمْ في الغِنَى إلاّ إنْ تَمَيَّزَ أحَدُهُما بنَحْوِ سَخاءٍ وحُسْنِ خُلُقٍ على ما بُحِثَ ويُقَدَّمُ مُقيمٌ على ظاعِنٍ أيْ لمَحَلٍّ يُمْنَعُ من نَقْله إلَيْه وإلاّ اسْتَوَيا كذا قالوه ونازَعَ فيه

وعَدْلٌ على مَستورٍ. فإن استوَيا أُقْرِعَ. وإذا وجَدَ بلَديٌّ لَقيطًا ببلَدٍ فليس له نَقْلُه إلى باديةٍ، والأصَحُّ أنّ له نَقْلَه إلى بلَدٍ آخَرَ.

وأنّ للغَريبِ إذا التقَطَ ببلَدٍ أنْ يَنقُلَه إلى بلَدِه، وإنْ وجَدَه ببادِيةٍ فلَه نَقْلُه إلى بلَدٍ. وإنْ وجَدَه بَدَويٌّ ببلَدٍ فكالحضَريِّ أو ببادِيةٍ أُقِرَّ بيَدِه، وقيلَ إنْ كانوا يَنْتَقِلونَ لِلنُّجْعةِ لم يُقَرَّ.

الأذْرَعيُّ وغيرُه (وعَدْلٌ) ولو فقيرًا باطِنًا (على مَستورٍ) احتياطٌ لِلَّقيطِ ولا يُقَدَّمُ مُسْلِمٌ على كافرٍ في مَحكومٍ بكُفْرِه ولا امْرأةٌ على رَجُلٍ وإنْ كانَتْ أصْبَرَ مِنه على التَّرْبيةِ قال الأذْرَعيُّ بَحْثًا إلاّ مُرْضِعةً في رَضيعٍ وبَحْثُه تَقْديمَ بَصيرٍ على أعْمَى وسَليمٍ على مَجْذومٍ أو أبْرَصَ يُنافيه ما مَرَّ عَنْه أنّه لا حَقَّ لَهُما بقَيْدِه فعلى أنّ لَهُما حَقًّا يُتَّجه ما قاله (فإن استوَيا). في الصِّفاتِ المُعْتَبَرةِ وتَشاحّا (أُقْرِعَ) بَيْنَهُما إذْ لا مُرَجِّحَ ولعَدَمِ مَيْله إلَيْهِما طَبْعًا لم يُخَيَّرِ المُمَيِّزُ بَيْنَهُما واجْتِماعُهُما مُشِقٌّ كالمُهايَأةِ بَيْنَهُما ولَيْسَ للْقارِعِ تَرْكُ حَقِّه كالمُنْفَرِدِ بخِلافِه قَبْلَ القُرْعةِ، (وإذا وجَدَ بَلَديٌّ لَقيطًا ببلَدٍ) أو قَرْيةٍ (فلَيسَ له نَقْلُه) ولو لغيرِ نَقْلةٍ كما نَقَلاه وأَقَرّاه وإن اعْتَرَضا (إلى باديةٍ) لخُشونةِ عَيْشِها وفَواتِ أدَبِ الدّينِ والدُّنْيا ومِنْ ثَمَّ لو قَرُبَتِ الباديةُ من البلَدِ أو القَرْيةِ بحَيْثُ يَحْصُلُ ذلك مِنْها أيْ بلا كَبيرِ مَشَقّةٍ فيما يَظْهَرُ لم يُمْنَعْ ولو وجَدَه ببَلَدٍ لم يَنْقُلْه لقَرْيةٍ وإنْ كانَتْ أقَلَّ فسادًا وقيلَ يُراعَى فيَنْقُلُه إليها لا مِنْها والباديةُ خِلافُ الحاضِرةِ وهيَ العِمارةُ فإنْ قَلَّتْ فقَرْيةٌ أو كَثُرَتْ فبَلَدٌ أو عَظُمَتْ فمَدينةٌ أو كانَتْ ذاتَ زَرْعٍ وخِصْبٍ فريفٌ (والأصَحُّ أنّ له نَقْلَه) من بَلَدٍ وُجِدَ فيه (إلى بَلَدٍ آخَرَ) ولو للنَّقْلةِ لعَدَمِ المحْذورِ السّابِقِ لكنْ يُشْتَرَطُ تَواصُلُ الأخْبارِ وأمْنُ الطَّريقِ وإلاّ امْتَنَعَ ولو لدونِ مَسافةِ القصْرِ (و) الأصَحُّ (أنّ للغَريبِ إذا التقَطَ ببلَدٍ أنْ يَنقُلَه إلى بلدةٍ) بالشَّرْطَيْنِ المذْكورَيْنِ فيما يَظْهَرُ لما مَرَّ وحَيْثُ مُنِعَ نُزِعَ من يَدِه لئَلاّ يُسافِرَ به بَغْتةً ومِنْ ثَمَّ بَحَثَ الأذْرَعيُّ أنّه لو التزَمَ الإقامةَ ووُثِقَ مِنه بها أقَرَّ بيَدِه وهَذِه مُغايِرةٌ للَّتي قَبْلَها خِلافًا لمَنْ زَعَمَ اتِّحادَهُما لإفادةِ هَذِه أنّه غَريبٌ بأحَدِهما فقَطْ.

وصُدِّقَ الأولَى بما لو كانَ مُقيمًا بهما أو بأحَدِهما أو غَريبًا عَنْهُما نَعَمْ لو قال أوّلاً ولو غَريبًا أفادَ ذلك مع الاخْتِصارِ (وإنْ وجَدَه) بَلَديٌّ (ببادِيةٍ آمِنةٍ فلَه نَقْلُه إلى بَلَدٍ) وإلى قَرْيةٍ؛ لأنّه أرْفَقُ به أمّا غيرُ آمِنةٍ فيَجِبُ نَقْلُه إلى مَأمَنٍ ولو مَقْصِدُه وإنْ بَعُدَ (وإنْ وجَدَه بَدَويٌّ) وهو ساكِنُ البدْوِ (ببَلَدٍ فكالحضَريِّ) فإنْ أقامَ به فذاكَ وإلاّ لم يَنْقُلْه لأدْوَنَ من مَحَلِّ وُجودِه ولو مَحَلّةً من بَلَدٍ اخْتَلَفَتْ مَحَلاّتُها فيما يَظْهَرُ بل لمِثْله أو أعْلَى بالشَّرْطَيْنِ السّابِقَيْنِ (أو) وجَدَه بَدَويٌّ (ببادِيةٍ أُقِرَّ بيَدِه) لكنْ يَلْزَمُه نَقْلُه من غيرِ آمِنةٍ إليها.

(وقيلَ إنْ كانوا يَنْتَقِلونَ للنُّجْعةِ) بضَمٍّ فسُكونٍ أيْ لطَلَبِ الرَّعْيِ أو غيرِه (لم يُقَرَّ) بيَدِه؛ لأنّ فيه تَضْييعًا لنَسَبِه والأصَحُّ أنّه يُقَرُّ؛ لأنّ أطْرافَ الباديةِ كَمَحالِّ البلَدِ الواسِعةِ والظّاهِرُ أنّه من أهلِها فيَكونُ احتِمالُ ظُهورِ نَسَبِه فيها أقْرَبَ من البلدةِ وعُلِمَ مِمّا تَقَرَّرَ أنّ له نَقْلَه من بَلَدٍ أو قَرْيةٍ أو باديةٍ لمِثْله ولأعْلَى مِنه لا لدونِه وأنّ شَرْطَ جَوازِ النَّقْلِ مُطْلَقًا أمْنُ الطَّريقِ والمقْصِدِ وتَواصُلُ الأخْبارِ واخْتِبارُ

وَنَفَقَتُه في مالِه العامِّ كَوَقْفٍ على اللُّقَطاءِ، أو الخاصِّ وهو ما اخْتَصَّ به كَثيابٍ مَلْفوفةٍ عليه ومَفْروشةٍ تَحْتَه وما في جَيْبِه من دَراهِمَ وغيرِها ومَهْدِه ودَنانيرَ مَنْثورةٍ فَوْقَه وتَحْتَهُ.
وإنْ وُجِدَ في دارٍ فَهيَ لَه، وليس له مالٌ مَدْفونٌ تَحْتَه وكذا ثيابٌ وأمتِعةٌ مَوْضوعةٌ بقُرْبِه في الأصَحِّ، فإنْ لم يُعْرَفْ له مالٌ فالأظْهَرُ أنَّه يُنْفَقُ عليه من بَيْتِ المالِ، فإنْ لم يَكُنْ قامَ المُسْلِمونَ بكِفايَتِه قَرْضًا، ....

أمانةِ اللاَّقِطِ (ونَفَقَتُه في مالِه) كَغيرِه (العامِّ كَوَقْفٍ على اللُّقَطاءِ) وموصًى به لَهم لا يُقالُ كيف صَحَّ الوَقْفُ عليهِمْ مع عَدَمِ تَحَقُّقِ وُجودِهِمْ؛ لأنّا نَقولُ الجِهةُ لا يُشْتَرَطُ فيها تَحَقُّقُ الوُجودِ بل يَكْفي إمْكانُه كما دَلَّ عليه كَلامُهم في الوَقْفِ ثم رَأيْت الزَّرْكَشيَّ صَرَّحَ بذلك وإضافةُ المالِ العامِّ إلَيْه تَجوزُ؛ لأنَّه حَقيقةٌ لِلْجِهةِ العامّةِ ولَيْسَ مِلْكَه ولا يُصْرَفُ له من وَقْفِ الفُقَراءِ؛ لأنَّ وصْفَ الفقْرِ لم يَتَحَقَّقْ فيه قال السُّبْكيُّ وخالَفَه الأذْرَعيُّ اكْتِفاءً بظاهِرِ الحالِ أنَّه فقيرٌ.

(أو الخاصِّ وهو ما اخْتَصَّ به كَثيابٍ مَلْفوفةٍ عليه) فمَلْبوسةٍ له التي بأصْلِه أوْلَى (ومَفْروشةٍ تَحْتَه) ومُغَطًّى بها ودابّةٍ عَنانُها بيَدِه أو مَشْدودةٍ بنَحْوِ وسَطِه (وما في جَيْبِه من دَراهِمَ وغيرِها ومَهْدِه) الذي هو فيه.

(ودَنانيرَ مَنْثورةٍ فوْقَه وتَحْتَه) إجْماعًا؛ لأنَّ له يَدًا واخْتِصاصًا وقَضيّةُ المتْنِ التَّخْييرُ في ذلك واعْتُرِضَ بأنَّ الأوجَهَ أنَّه يُقَدَّمُ الخاصُّ أوّلاً (وإنْ وجِدَه) وحْدَه (في دارٍ) لا تُعْلَمُ لغيرِه أو حانوتٍ أو بُسْتانٍ أو خَيْمةٍ كَذلك وكَذا قَرْيةٌ كما ذكَرَه الماوَرْديُّ وغيرُه لكن استَبْعَدَ ذلك في الرَّوْضةِ ثم بَحَثَ أنَّها لَيْسَتْ كَذلك (فهيَ) وما فيها (له) للْيَدِ فإنْ وُجِدَ بها غيرُه مَنْبوذٌ أو كامِلٌ فهيَ لَهُما أو لَهم بحَسَبِ الرُّءوسِ ويَتَرَدَّدُ النَّظَرُ فيما لو وُجِدَ على عَتَبةِ الدّارِ لَكِنّه في هَوائِها؛ لأنّه لا يُسَمَّى فيها عُرْفًا سيَّما إنْ كانَ بابُها مَقْفولاً بخِلافِ وُجودِه بسَطْحِها الذي لا مِصْعَدَ له مِنْها؛ لأنَّ هَذا يُسَمَّى فيها عُرْفًا (ولَيْسَ له مالٌ مَدْفونٌ تَحْتَه) بمَحَلٍّ لم يُحْكَمْ بمِلْكِه له كَكَبيرٍ جَلَسَ على أرضٍ تَحْتَها دَفينٌ وإنْ كانَ به ورَقةٌ مُعَلَّقةٌ به أنّه له نَعَمْ بَحَثَ الأذْرَعيُّ أنّه لو اتَّصَلَ خَيْطٌ بالدّفينِ ورُبِطَ بنَحْوِ ثَوْبِه قُضيَ له به لا سيَّما إن انْضَمَّتِ الرُّقْعةُ إلَيْه (وكَذا ثيابٌ) ودَوابُّ (وأمْتِعةٌ مَوْضوعةٌ بقُرْبِه) في غيرِ مِلْكِه إنْ لم تَكُنْ تَحْتَ يَدِه (في الأصَحِّ) كما لو بَعُدَتْ عَنْه وفارَقَ البالغ حَيْثُ حُكِمَ له بأمْتِعةٍ مَوْضوعةٍ بقُرْبِه عُرْفًا بأنَّ له رِعايةً أمّا ما بمِلْكِه فهو له قَطْعًا.

(فإنْ لم يُعْرَفْ له مالٌ) خاصٌّ ولا عامٌّ (فالأظْهَرُ أنّه يُنْفَقُ عليه) ولو مَحْكومًا بكُفْرِه؛ لأنَّ فيه مَصْلَحةً لِلْمُسْلمينَ إذا بَلَغَ بالجِزْيةِ (من بَيْتِ المال) من سَهْمِ المصالح مَجّانًا كما أجْمع عليه الصّحابةُ (فإنْ لم يَكُنْ) في بَيْتِ المال شَيْءٌ أو كانَ ثَمَّ ما هو أهَمُّ مِنْه أو مَنَعَ مُتَوَلّيه ظُلْمًا اقْتَرَضَ عليه الحاكِمُ إنْ رَآه وإلاّ (قامَ المُسْلمونَ) أيْ مَياسيرُهم ويَظْهَرُ ضَبْطُهم بمَنْ يَأتي في نَفَقةِ الزّوْجةِ فلا تُعْتَبَرُ قُدْرَتُه بالكسْبِ (بِكِفايَتِه) وُجوبًا (قَرْضًا) بالقافِ أيْ على جِهَتِه كما يَلْزَمُهم إطْعامُ المُضطَرِّ بالعِوَضِ.

وفي قولٍ نَفقةٌ. وَللمُلْتَقِطِ الاستِقْلالُ بحِفْظِ مالِه في الأصَحِّ ولا يُنْفِقُ عليه منه إلّا بإذْنِ القاضي قَطْعًا.

فَصْلٌ

إذا وُجِدَ لَقيطٌ بدارِ الإسْلامِ وفيها أهلُ ذِمّةٍ أو بدارٍ فَتحوها وأقَرّوها بيَدِ كُفّارٍ صُلْحًا أو بعد مِلْكِها بجِزْيةٍ، وفيها ....

(وفي قولٍ نَفقةٌ) فلا يَرْجِعونَ بها لعَجْزِه ويُؤَيِّدُه ما يَأتي أوائِلَ السِّيَرِ أنّهم يُنْفِقونَ المُحْتاجَ من غيرِ رُجوعٍ وعلى الأوّلِ يُفَرِّقُ بأنّ ذاكَ تَحقَّقَتْ حاجَتُه فوَجَبَتْ مواساتُه وهَذا لم تَتَحقَّقْ فاحتيطَ لمالِ الغيرِ ويُؤَيِّدُه ما مَرَّ آنِفًا عَنِ السُّبْكيِّ فإن امْتَنَعوا كُلُّهم قاتَلَهم الإمامُ ويُفَرِّقُ بَيْنَ كَوْنِها هُنا قَرْضًا وفي بَيْتِ المال مَجّانًا بأنّ وضْعَ بَيْتِ المال الإنْفاقُ على المُحْتاجينَ ولو حالاً فلَهم فيه حَقٌّ مُؤَكَّدٌ دونَ مال المياسيرِ وإذا لَزِمَتْهم وزَّعَها الإمامُ على مَياسيرِ بَلَدِه فإنْ شَقَّ فعلى مَنْ يَراه الإمامُ مِنهم فإن استَوَوْا في نَظَرِه تَخَيَّرَ ثم إنْ بانَ قِنًّا رَجَعوا على سَيِّدِه أو حُرًّا ولَه مالٌ ولو من كَسْبِه أو قَريبٍ.

أو حَدَثَ في بَيْتِ المال مالٌ قَبْلَ بُلوغِه ويَسارِه فعليه وإلاّ فمِنْ سَهْمِ الفُقَراءِ أو المساكينِ أو الغارِمينَ وضَعَّفَ في الرَّوْضةِ ما ذُكِرَ في القريبِ بأنّ نَفقَتَه تَسقُطُ بمُضيِّ الزَّمانِ ورُدَّ بأنّه المنْقولُ بل المقْطوعُ به ووَجْهُه أنّها صارَتْ دَيْنًا بالاقْتِراضِ، (وللمُلْتَقِطِ الاستِقْلالُ بحِفظِ ماله في الأصَحِّ)؛ لأنّه يَسْتَقِلُّ بحِفْظِ المالكِ فمالُه أولَى وبَحَثَ الأذْرَعيُّ تَقْييدَه بعَدْلٍ.

يَجوزُ إيداعُ مالِ اليتيم عندَه ومع استِقْلاله بحِفْظِه لا يُخاصِمُ مَن ادَّعاه وللْقاضي نَزْعُه مِنه وتَسليمُه لأمينٍ غيرِه يُباشِرُ الإنْفاقَ عليه بالمعْروفِ اللاّئِقِ به أو يُسَلِّمُه للمُلْتَقِطِ يَوْمًا بيَوْم (ولا يُنفِقُ عليه مِنه إلاّ بإذْنِ القاضي قَطْعًا) أيْ على الأصَحِّ ومُقابِلُه؛ لأنّ وِلايةَ التَّصرُّفِ في المال لا تَثْبُتُ إلاّ لأصْلٍ أو وصيٍّ أو حاكِمٍ أو أمينِه فإنْ أنْفَقَ بغيرِ إذْنِه ضَمِنَ أيْ إنْ أمْكَنَتْ مُراجَعَتُه وإلاّ أنْفَقَ وأشْهَدَ ولا يَضْمَنُ حينَئِذٍ.

(فصْلٌ) في الحُكْمِ بإسْلامِ اللّقيطِ وغيرِه وكُفْرِهما بالتَّبَعيّةِ

(إذا وُجِدَ لَقيطٌ بدارِ الإسْلام) ومِنْها ما عُلِمَ أنّه مَسْكَنُ المُسْلمينَ ولو في زَمَنٍ قَديم فغَلَبَ عليه الكُفّارُ كَقُرْطُبةَ نَظَرًا لاستيلائِنا القديمِ لكنْ نَقَلَ الرّافِعيُّ عَنْ بعضِ المُتَأخِّرينَ أنّ مَحَلَّه إنْ لم يَمْنَعونا مِنْها.

وإلاّ فهيَ دارُ كُفْرٍ وأجابَ عَنْه السُّبْكيُّ بأنّه يَصِحُّ أنْ يُقال إنّها صارَتْ دارَ كُفْرٍ صورةً لا حُكْمًا ويَأتي ذلك مع زيادةٍ في الأمانِ (و) إنْ كانَ (فيها أهلُ ذِمّةٍ) أو عَهْدٍ (أو بدارٍ فتحوها) أي المُسْلمونَ (وأقَرّوها بيَدِ كُفّارٍ صُلْحًا) أيْ على وجْهِه وإنْ لم يَمْلكوها (أو) وُجِدَ بدارٍ أقَرّوها بيَدِهِمْ (بَعْدَ مِلْكِها بجِزْيةٍ وفيها) أي الدّارِ في المسائِل الثّلاثِ حَتَّى الأولَى كما قاله الدّارِميُّ وإنْ نَظَرَ فيه غيرُه

مُسْلِمٌ حُكِمَ بِإِسْلامِ اللَّقِيطِ، وَإِنْ وُجِدَ بِدَارِ كُفَّارٍ فَكَافِرٌ إِنْ لَم يَسْكُنْها مُسْلِمٌ وَإِنْ سَكَنَها مُسْلِمٌ كَأَسِيرٍ وتاجِرٍ فَمُسْلِمٌ في الأَصَحِّ. وَمَنْ حُكِمَ بِإِسْلامِه بالدّارِ فأقامَ ذِمّيٌّ بَيِّنةً بِنَسَبِه لَحِقَه وتَبِعَه في الكُفْرِ، ....

والأخيرَتانِ دارا إسْلامٍ كما قالاه خِلافًا لما قد يُتَوَهَّمُ من المتْنِ وإنْ نَظَرَ السُّبْكيُّ في الثّانيةِ (مُسْلِمٌ) يُمْكِنُ كَوْنُه مِنْه ولو مُجْتازًا (حُكِمَ بِإسْلامِ اللّقيطِ) تَغْليبًا لدارِ الإسْلامِ لخَبَرِ أحمدَ وغيرِه «الإسْلامُ يَعْلو ولا يُعْلَى عليه»(١).

قال الماوَرْدِيُّ وحَيْثُ لا ذِمّيَّ ثَمَّ فمُسْلمٌ باطِنًا أيْضًا وإلاّ فظاهِرًا فقَطْ أمّا إذا لم يَكُنْ ثَمَّ مُسْلمٌ يُمْكِنُ كَوْنُه مِنْه فهو كافِرٌ واكْتَفَى هُنا بالمُجْتازِ تَغْليبًا لحُرْمةِ دارِنا بخِلافِه في قوله (وإنْ وُجِدَ بدارِ كُفّارٍ فكافِرٌ إنْ لم يَسْكُنْها مُسْلمٌ) ولا عِبْرةَ باجْتيازِه فيها (وإنْ سَكَنَها مُسْلمٌ) يُمْكِنُ كَوْنُه مِنْه (كَأسيرٍ) مُنْتَشِرٍ (وتاجِرٍ فمُسْلمٌ في الأصَحِّ) تَغْليبًا للإسْلام فإنْ نَفاه ذلك المُسْلمُ قُبِلَ في نَسَبِه دونَ إسْلامِه وبَحَثَ الأذْرَعيُّ أنّ المُرادَ بالسُّكْنَى هُنا ما يَقْطَعُ حُكْمَ السّفَرِ قال بل يَنْبَغي الاكْتِفاءُ بلُبْثٍ يُمْكِنُ فيه الوِقاعُ وأنّ ذلك الولَدَ مِنْه بخِلافِ مَنْ وُلِدَ بَعْدَ طُروقِه بنَحْوِ شَهْرٍ لاسْتِحالةِ كَوْنِه مِنْه قال وقَضيّةُ إطْلاقِهِمْ أنّه لو كانَ بمِصْرٍ عَظيمٍ بدارِ حَرْبٍ ووُجِدَ فيه كُلَّ يَوْمٍ ألْفُ لَقيطٍ مَثَلًا حُكِمَ بإسْلامِهِمْ وهَذا إنْ كانَ لأجْلِ تَبَعيّةِ الإسْلامِ كالسّابي فذاكَ أو لإمْكانِ كَوْنِه مِنْه ولو على بُعْدٍ وهو الظّاهِرُ ففيه نَظَرٌ ولا سيَّما إذا كانَ المُسْلمُ الموْجودُ امْرَأةً انْتَهَى وأنْتَ خَبيرٌ من اكْتِفائِهِمْ في دارِنا بالمُجْتازِ وفي دارِهِمْ بالسُّكْنَى أنّه لا يُكْتَفَى في دارِهِمْ إلاّ بالإمْكانِ القريبِ عادةً وحينَئِذٍ فمَتَى أمْكَنَ كَوْنُه مِنْه.

إمْكانًا قَريبًا عادةً فمُسْلمٌ وإلاّ فلا وهَذا أوجه مِمّا ذكَرَه الأذْرَعيُّ فتَأمّلْه. ويُفَرَّقُ بَيْنَ الدّارَيْنِ بأنّ شَرَفَ الأولَى اقْتَضى الاكْتِفاءَ فيها بالإمْكانِ وإنْ بَعُدَ فدَخَلَ المُجْتازُ بخِلافِ الثّانيةِ فاشْتُرِطَ فيها قُرْبُ الإمْكانِ وهو إنّما يوجَدُ عندَ السُّكْنَى لا الاجْتيازِ (ومَنْ حُكِمَ بإسْلامِه بالدّارِ) كانَ حَيْثُ لا ذِمّيَّ ثَمَّ مُسْلمًا باطِنًا أيْضًا كما مَرَّ فإذا بَلَغَ وأفْصَحَ بالكُفْرِ كانَ مُرْتَدًّا وحَيْثُ ثَمَّ ذِمّيٌّ مُسْلمًا ظاهِرًا فقَطْ فإذا بَلَغَ وأفْصَحَ بالكُفْرِ فكافِرٌ أصْليٌّ لضَعْفِ الدّارِ والتّعْبيرُ بذِمّيٍّ هُنا وفيما مَرَّ هو ما وقَعَ في كَلام شارِحٍ والظّاهِرُ أنّه مِثالٌ وعَنْ جَدِّ شارِحِ التّعْجيزِ بأنّه لو وُجِدَ ببَرّيّةٍ فمُسْلمٌ وخَصَّه غيرُه بما إذا كانَتْ بدارِنا أو لا يَدَ لأحَدٍ عليها ومَنْ حُكِمَ بإسْلامِه بالدّارِ (فأقامَ ذِمّيٌّ) أو حَرْبيٌّ (بَيِّنةً بِنَسَبِه لَحِقَه)؛ لأنّه كالمُسْلمِ في النّسَبِ (وتَبِعَه في الكُفْرِ) وارْتَفَعَ ما ظَنَنّاه من إسْلامِه؛ لأنّ الدّارَ حُكْمٌ باليدِ والبيِّنةُ أقْوَى من مُجَرَّدِ يَدٍ وتَصَوُّرُ عُلوقِه من مُسْلمةٍ بوَطْءِ شُبْهةٍ نادِرٌ لا يُعَوَّلُ عليه مع البيِّنةِ وشَمِلَتِ البيِّنةُ مَحْضَ النّسْوةِ وخَرَجَ بها إلْحاقُ القائِفِ وقد حَكَى الدّارِميُّ فيها وجْهَيْنِ والذي يُتّجه اعْتِبارُ إلْحاقِه؛ لأنّه حُكْمٌ فهو

---

(١) [حسن] أخرجه: الدارقطني في (سننه) [٣/ ٢٥٢]، والبيهقي في (السنن الكبرى) [٦/ ٢٠٥]، من حديث: عائذ بن عمرو المزني رضي الله عنه.

قلتُ: حديث حسن. ينظر: (إرواء الغليل) للألباني [رقم/ ١٢٦٨].

وإن اقْتَصَرَ على الدّعْوَى فالمذْهَبُ أنّه لا يَتْبَعُه في الكُفْرِ، ويُحْكَمُ بإسْلامِ الصّبيِّ بجِهَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ لا تُفْرَضانِ في لَقيطٍ: إحْداهما الوِلادةُ، فإذا كان أحَدُ أبَوَيْه مُسْلِمًا وقْتَ العُلوقِ فَهو مُسْلِمٌ، فإنْ بلَغَ ووَصَفَ كُفْرًا فَمُرْتَدٌّ، ولو عُلِّقَ بين كافِرَيْنِ ثم أسْلَمَ أحَدُهما حُكِمَ بإسْلامِه، ....

كالبيِّنةِ بل أقْوَى وفي النّسْوةِ أنّه إنْ ثَبَتَ بهنّ النّسَبُ تَبِعَه في الكُفْرِ وإلاّ فلا (وإن اقْتَصَرَ) الكافِرُ (على الدّعْوَى) بأنّه ابنُه ولا حُجّةَ له (فالمذْهَبُ أنّه لا يَتْبَعُه في الكُفْرِ) وإنْ لَحِقَه نَسَبُه؛ لأنّ الحُكْمَ بإسْلامِه لا يُغَيَّرُ بمُجَرَّدِ دَعْوَى كافِرٍ مع إمْكانِ تلك الشُّبْهةِ النّادِرةِ ومَحَلُّ ذلك إنْ لم يَصْدُرْ مِنْه نَحْوُ صَلاةٍ وإلاّ لم يُغَيَّرْ عَنْ حُكْمِ الإسْلام قَطْعًا ويُحالُ بَيْنَهُما وُجوبًا وكَذا نَدْبًا إنْ قُلْنا يَتْبَعُه في الكُفْرِ كمُمَيِّزٍ أسْلَمَ.

(تَنْبيهٌ) مُقْتَضَى حُكْمِهِمْ بإسْلامِ اللّقيطِ تارةً وكُفْرِه أُخْرَى أنّ لقاضٍ رُفِعَ إلَيْه أمْرُ لَقيطٍ الحُكْمُ بكُفْرِه فيما نَصّوا على كُفْرِه فيه وهو ظاهِرٌ وأمّا ما قيلَ لا يَجوزُ لقاضٍ أنْ يَحْكُمَ بكُفْرِ أحَدٍ فإنْ فعَلَ كَفَرَ؛ لأنّ الحُكْمَ بالكُفْرِ رِضًا به انْتَهَى فهو غَلَطٌ قَبيحٌ إذْ يَلْزَمُ عليه أنْ لا يَحْكُمَ بردّةِ أحَدٍ ولا بكُفْرِ لَقيطٍ وهو فاسِدٌ وأفْسَدُ مِنْه ما عُلِّلَ به؛ لأنّ الحُكْمَ بالكُفْرِ لَيْسَ مَعْناه إلاّ الحُكْمُ بآثارِه المُتَرَتِّبةِ عليه فلا رِضًا به قَطْعًا ويَلْزَمُه أنْ لا يَحْكُمَ بنَحْوِ زِنًا؛ لأنّه رِضًا به نَعَمْ له إذا أسْلَمَ مُمَيِّزٌ أنْ يَحْكُمَ بعَدَمِ صِحّةِ إسْلامِه إذا احتيجَ إلَيْه لا بكُفْرِه إلاّ بالنِّسْبةِ للأحْكامِ الدُّنْيَويّةِ وكَذا يُقالُ في أطْفالِ الكُفّارِ؛ لأنّهم في الجنّةِ فلا يُطْلَقُ الحُكْمُ بكُفْرِهِمْ.

(ويُحْكَمُ بإسْلامِ الصّبيِّ بجِهَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ لا يُفْرَضانِ في لَقيطٍ) وإنّما ذُكِرَ في بابِه استِطْرادًا (إحْداهُما الوِلادةُ فإذا كانَ أحَدُ أبَوَيه مُسلمًا وقْتَ العُلوقِ) وإنْ عَلا ولو أُنْثَى غيرَ وارِثةٍ أو قِنًّا قَبْلَ الظّفَرِ به أو بَعْدَه كما يَأْتي بَسْطُه في السِّيَرِ وإنْ حَدَثَ الوَلَدُ بَعْدَ مَوْتِه على الأوجَه من تَرَدُّدٍ فيه ولو مع وُجودِ حَيٍّ أقْرَبَ مِنْه بشَرْطِ نِسْبَتِه إلَيْه نِسْبةً تَقْتَضي التّوارُثَ ولو بالرّحِمِ فلا يَرِدُ آدَمُ أبو البَشَرِ صَلّى اللّه على نَبيِّنا وعليه وسَلَّمَ (فهو مُسْلمٌ) إجْماعًا وإن ارْتَدَّ بَعْدَ العُلوقِ (فإنْ بَلَغَ ووَصَفَ كُفْرًا) أيْ أعْرَبَ به عَنْ نَفْسِه كما بأصْله (فمُرْتَدٌّ)؛ لأنّه مُسْلمٌ ظاهِرًا وباطِنًا.

(ولو عُلِّقَ بَيْنَ كافِرَيْنِ ثم أسْلَمَ أحَدُهُما) وإنْ عَلا كما ذُكِرَ قَبْلَ بُلوغِه ولو بَعْدَ تَمْييزِه (حُكِمَ بإسلامِه) إجْماعًا في إسْلامِ الأبِ ولخَبَرِ «الإسلام يَعْلو ولا يُعْلَى عليه» ولو أمْكَنَ احتِلامُه فادَّعاه قَبْلَ إسْلامِ أصْله فظاهِرُ إطْلاقِهِمْ قَبولُ قوله فيه لزَمَنِ إمْكانِه قَبولَه هُنا فلا يُحْكَمُ بإسْلامِه وبَحْثُ أبي زُرْعةَ عَدَمَ قَبوله إلاّ إنْ نَبَتَ شَعْرُ عانَتِه الخَشِنُ فيه نَظَرٌ ظاهِرٌ اللّهُمَّ إلاّ أنْ يُقال الاحتياطُ للإسْلامِ يُلْغَى قولَه المانِعُ له لاحتِمال كَذِبه فيه والأصْلُ بَقاءُ الصِّغَرِ.

وقد سُئِلْت عَنْ يَهوديٍّ أسْلَمَ ثم وجَدَ بِنْتَه مُزَوَّجةً فادَّعَى صِباها لتَتْبَعَه وادَّعَتِ البُلوغَ هيَ وزَوْجُها فأفْتَيْت بأنّه يُصَدَّقُ أمّا في دَعْوَى الاحتِلامِ فلَمّا تَقَرَّرَ أنّ الاحتياطَ للإسْلام اقْتَضَى مُخالَفةَ القاعِدةِ من تَصْديقِ مُدَّعي البُلوغ بالاحتِلام وأمّا في دَعْوَى السِّنِّ أو الحيْضِ فبِالأوْلَى لإمْكانِ الاطِّلاعِ عليهما

فإنْ بلَغَ ووَصَفَ كُفرًا فمُرْتَدٌّ، وفي قولٍ كافِرٌ أصْليٌّ.
الثّانيةُ إذا سَبَى مُسْلِمٌ طِفلاً تبِعَ السّابيَ في الإسْلامِ إنْ لم يَكُنْ معه أحَدُ أبَوَيْه، ولو سَباه ذِمّيٌّ لم يُحْكَمْ بإسْلامِه في الأصَحِّ. ....

فكُلِّفَ مُدَّعي أحَدِهما البيِّنةَ وقد صَرَّحوا بأنّه لو باعَ أو كاتَبَ أو قَتَلَ ثم ادَّعَى صِبًا يُمْكِنُ صُدِّقَ بخِلافِ ما لو زَوَّجَ؛ لأنّ النّكاحَ يُحْتاطُ له ويَجْري بَيْنَ النّاسِ فكَوْنُ الوليِّ صَبيًّا بَعيدٌ جِدًّا فلم يُلْتَفتْ إلَيْه وإنْ أمْكَنَ والمجْنونُ المحْكومُ بكُفْرِه يَلْحقُ أحَدَ أبَوَيْه إذا أسْلَمَ كالصّبيِّ (فإنْ بَلَغَ ووَصَفَ كُفرًا فمُرْتَدٌّ) لسَبْقِ الحُكْمِ بإسْلامِه ظاهرًا وباطِنًا (وفي قولٍ) هو (كافِرٌ أصْليٌّ)؛ لأنّ تَبعيَّتَه أزالَتِ الحُكْمَ بكُفْرِه وقد زالَتْ باستِقْلاله فعادَ لما كانَ عليه أوّلاً وبُنيَ عليه أنّه يَلْزَمُه التَّلَفُّظُ بالإسْلام بَعْدَ البُلوغِ بخِلافِه على الأوّل ومِنْ ثَمَّ لو ماتَ قَبْلَ التَّلَفُّظِ جُهِّزَ كَمُسْلمٍ بل قال الإمامُ وصَوَّبَه في الرّوْضةِ هو كَذلك على الثّاني أيْضًا؛ لأنّ هَذِه الأُمورَ مَبنيّةٌ على الظّواهرِ.

وظاهرُه الإسْلامُ انْتَهَى وكأنّهم لم يَنْظُروا لوُجوبِ التَّلَفُّظِ عليه على الثّاني؛ لأنّ تَرْكَه يوجِبُ الإثْمَ لا الكُفْرَ كما هو ظاهرٌ وقولُ الأحْياءِ كالحليميِّ المُسْلمُ بإسْلام أحَدِ أبَوَيْه لا يُغْني عَنْه إسْلامُه شَيْئًا ما لم يُسْلمْ بنَفْسِه إمّا غَريبٌ بل سَبْقُ قَلَم على ما قاله الأذْرَعيُّ أو مُفَرَّعٌ على وُجوبِ التَّلَفُّظِ ولو تَلَفَّظَ ثم ارْتَدَّ فمُرْتَدٌّ قَطْعًا ولا يُنْقَضُ ما جَرَى عليه من أحْكام الإسْلام قَبْلَ رِدَّتِه على الأصَحِّ الجِهةُ.

(الثّانيةُ إذا سَبَى مُسْلمٌ) ولو صَبيًّا مَجْنونًا وإنْ كانَ معه كافِرٌ كامِلٌ (طِفلاً) أو مَجْنونًا والمُرادُ الجِنْسُ ليَشْمَلَ ذكَرَ كُلٍّ وأُنْثاه المُتَّحِدَ والمُتَعَدِّدَ (تبِعَ السّابيَ في الإسْلام) ظاهرًا وباطِنًا (إن لم يَكُنْ معه أحَدُ أبَوَيْه) إجْماعًا خِلافًا لمَنْ شَذَّ؛ ولأنّه صارَ تَحْتَ وِلايَتِه كالأبَوَيْنِ وقَضيّةُ الحُكْمِ بإسْلامِه باطِنًا أنّه لو بَلَغَ ووَصَفَ الكُفْرَ كانَ مُرْتَدًّا وهو مُتَّجِهٌ خِلافًا لما يوهِمُه كَلامُ شارِحٍ أنّه كافِرٌ أصْليٌّ ثم رَأيْتهم صَرَّحوا بما ذكَرْته.

أمّا إذا كانَ معه أحَدُهما وإنْ عَلا فيما يَظْهَرُ ثم رَأيْت الأذْرَعيَّ أشارَ إلَيْه بأنْ كانا في جَيْشٍ واحِدٍ وغَنيمةٍ واحِدةٍ وإنْ لم يَتَّحِدِ المالكُ وقد سُبيا مَعًا أو تَقَدَّمَ الأصْلُ فيما يَظْهَرُ خِلافًا لمَنْ أطْلَقَ عَنْ تَعْليقِ القاضي أنّه إذا سَبَقَ سَبْيُ أحَدِهما سَبْيَ الآخَرِ تَبِعَ السّابيَ فلا يُحْكَمُ بإسْلامِه؛ لأنّ تَبعيَّتَهما أقْوَى من تَبَعيّةِ السّابي وإنْ ماتا بَعْدُ؛ لأنّ التّبَعيّةَ إنّما تَثْبُتُ في ابْتِداءِ السّبْيِ.

(ولو سَباه ذِمّيٌّ) قال الإمامُ قاطِنٌ ببِلادِنا والبغَويُّ ودَخَلَ به دارَنا والدّارِميُّ وسَباه في جَيْشِنا وكُلٌّ إنّما هو قَيْدٌ للخِلافِ في قولِهِمْ (لم يُحْكَمْ بإسْلامِه) بل بكَوْنِه على دينِ سابيه لا أبَوَيْه (في الأصَحِّ)؛ لأنّ كَوْنَه من أهل دارِنا لم يُفِدْه كَذُرِّيَّتِه الإسْلامَ فمَسْبيُّه أولَى ولا يُفيدُه حينَئِذٍ إسْلامُ أبَوَيْه على ما قاله الحليميُّ وهو إنْ صَحَّ مُقَيَّدٌ لما مَرَّ من تَبَعيّةِ الأُصول والظّاهرُ أنّه لَيْسَ كَذلك ومِنْ ثَمَّ قال السُّبْكيُّ قياسُه أنّهُما لو أسْلَما بأنْفُسِهما بدارِهِمْ أو خَرَجا إلَيْنا وأسْلَما لا يُحْكَمُ بإسْلامِه لانْفِرادِه عَنْهُما قَبْلَ ذلك وما أظُنُّ الأصْحابَ يَسْمَحونَ به انْتَهَى.

وَلا يَصِحُّ إِسْلامُ صَبيٍّ مُمَيِّزٍ استِقْلالاً على الصّحيحِ.

فَصْلٌ

إذا لم يُقِرَّ اللّقيطُ برِقٍّ فهو حُرٌّ إلّا أنْ يُقيمَ أحَدٌ بَيِّنَةً برِقِّهِ. وإنْ أقَرَّ به ....

وخَرَجَ بسَباه في جَيْشِنا نَحْوُ سَرِقَتِه له بأنْ قُلْنا يَمْلكه كُلَّه فكَذلك أو غَنيمةٌ وهو الأصَحُّ فهو مُسْلمٌ؛ لأنّ بعضَه للمُسْلمينَ وبَحَثَ السُّبْكيُّ ومَنْ تَبِعَه أنّه لو أسْلَمَ سابيه الذِّمّيُّ أو قَهَرَ حَرْبيٌّ صَغيرًا حَرْبيًّا ومَلَكَه ثم أسْلَمَ تَبِعَه؛ لأنّ له عليه وِلايةً ومِلْكًا وذلك عِلّةُ الإسْلامِ في السّابي المُسْلمِ وفي فتاوَى البغَويّ إبْداءُ وجْهَيْنِ في كافِرٍ اشْتَرَى صَغيرًا ثم أسْلَمَ هَلْ يَتْبَعُه والذي يُتَّجه مِنْهُما أنّه لا يَتْبَعُه بل وكَذا فيما قَبْلَه ولا يُلْحَقُ بالسّبْي غيرُه؛ لأنّه مع كَوْنِه أقْوَى في القَهْرِ إنّما يُؤَثِّرُ ابْتِداءً فلا يُقاسُ به غيرُه في الأثْناءِ ثم رَأيْت الشّيْخَيْنِ صَرّحا بما قَدَّمْته أنّ التّبَعيّةَ إنّما تَثْبُتُ في ابْتِداءِ السّبْي وهو يُؤَيِّدُ ما ذكَرْته والمُسْتَأمَنُ كالذِّمّيّ (ولا يَصِحُّ) بالنِّسْبةِ لأحْكام الدُّنْيا (إسْلامُ صَبيٍّ مُمَيِّزٍ استِقْلالاً على الصّحيحِ) كغيرِ المُمَيِّزِ بجامِعِ عَدَمِ التّكْليفِ؛ ولأنّ نُطْقَه بالشّهادَتَيْنِ إمّا خَبَرٌ وخَبَرُه غيرُ مَقْبولٍ أو إنْشاءٌ فهو كَعُقودِه نَعَمْ تُسَنُّ الحَيْلولةُ بَيْنَه وبَيْنَ أبَوَيْه لئَلّا يَفْتِناه وقيلَ تَجِبُ ونَقَلَه الإمامُ عَنْ إجْماعِ الأصْحابِ وانْتَصَرَ جَمْعٌ لصِحّةِ إسْلامِه وقَضَى به غيرُ واحِدٍ ويَدُلُّ له صِحّةُ إسْلامِ عَليٍّ رضي الله عنه قَبْلَ بُلوغِه ورَدَّه أحمدُ بمَنْعِ كَوْنِه قَبْلَ بُلوغِه والبيْهَقيُّ وغيرُه بأنّ الأحْكامَ إذْ ذاكَ كانَتْ مَنوطةً بالتّمْييزِ إلى عامِ الخَنْدَقِ وفارَقَ نَحْوَ صَلاتِه بأنّه لا يَتَنَفَّلُ به إمّا بالنِّسْبةِ لأحْكامِ الآخِرةِ فيَصِحُّ ويَكونُ من الفائِزينَ اتِّفاقًا ولا تَلازُمَ بَيْنَ الأحْكامَيْنِ كما فيمَنْ لم تَبْلُغْه الدّعْوةُ وكَأطْفالِ المُشْرِكينَ ولو اشْتَبَهَ طِفْلٌ مُسْلمٌ بطِفْلٍ كافِرٍ وُقِفَ أمْرُهُما ولا يُجْبَرانِ على الإسْلامِ بَعْدَ البُلوغِ قاله المُصَنِّفُ وخالَفَه التّاجُ الفزاريّ فقال يُحْكَمُ بإسْلامِهِما ويوقَفُ نَسَبُهُما إلى البُلوغِ.

(فصلٌ) في بَيانِ حُرّيّةِ اللّقيطِ ورِقِّه واستِلْحاقِه وتَوابِعِ لذلك

(إذا لم يُقِرَّ اللّقيطُ برِقِّه فهو حُرٌّ) إجْماعًا وبَحَثَ البُلْقينيُّ تَقْييدَه بغيرِ دارِ حَرْبٍ لا مُسْلمَ فيها ولا ذِمّيَّ؛ لأنّ دارَ الحرْبِ تَقْتَضي استِرْقاقَ النّساءِ والصِّبْيانِ واعْتُرِضَ بأنّها إنّما تَقْتَضي استِرْقاقَ هَؤُلاءِ بالأسْرِ ومُجَرّدُ اللّقْطِ لا يَقْتَضيه وإذا حُكِمَ له بالحُرّيّةِ وبالإسْلامِ فقَتَلَه حُرٌّ مُسْلمٌ أو غيرُه قَتَلَه به الإمامُ أو عَفا على الدّيةِ لا مَجّانًا؛ لأنّها لبَيْتِ المالِ وهو لا يَجوزُ له التّصَرُّفُ عَمّا يَتَعَلَّقُ به على خِلافِ المصْلَحةِ نَعَمْ لو بَلَغَ اللّقيطُ المحْكومُ بحُرّيّتِه وبإسْلامِه بالدّارِ ولم يَصِف الإسْلامَ لم يُقْتَلْ به الحُرُّ على ما نَصَّ عليه وصَوَّبَه الإسْنَويُّ لَكِنّ ظاهرَ الرّوْضةِ وأصْلِها خِلافُه والقِياسُ أنّ حَدَّ قاذِفِه إنْ أحْصَنَ وقاطِعَ طَرَفِه يَجْري فيهما ما ذُكِرَ في قَتْله وإنْ أمْكَنَ الفرْقُ بأنّ القتْلَ يُحْتاطُ له أكْثَرَ بخِلافِهما ومِنْ ثَمّ نُصَّ على أنّه لا يُحَدُّ قاذِفُه إلاّ إنْ قال اللّقيطُ أنا حُرٌّ (إلاّ أنْ يُقيمَ أحَدٌ بَيِّنةً برِقِّه) فيُعْمَلُ بها كما يَأتي (وإنْ أقَرَّ به) أي الرِّقِّ وهو المُكَلَّفُ وعَن ابنِ عبدِ السّلامِ ما يَقْتَضي اعْتِبارَ رُشْدِه أيْضًا.

لِشَخْصٍ فَصَدَّقَه قُبِلَ إنْ لم يَسْبِقْ إقْرارٌ بحُرِّيّةٍ، والمذْهَبُ أنّه لا يُشْتَرَطُ أنْ لا يَسْبِقَ تَصَرُّفٌ يَقْتَضي نُفوذُه حُرِّيّةً كَبَيْعٍ ونِكاحٍ بل يُقْبَلُ إقْرارُه في أصْلِ الرِّقِّ وأحْكامِه المُسْتَقْبلةِ لا الماضيةِ المُضِرّةِ بغيرِه في الأظْهَرِ. فلو لَزِمَه دَيْنٌ فأقَرَّ برِقٍّ وفي يَدِه مالٌ قُضيَ منهُ.
ولو ادَّعَى رِقَّه مَنْ ليس في يَدِه بلا بَيِّنةٍ لم يُقْبل، وكذا إن ادَّعاه المُلْتَقِطُ في الأظْهَرِ.

وظاهرُ كَلامِهِمْ خِلافُه (لشَخصٍ فصدَّقَه) ولو بسُكوتِه عَنْ تكْذيبِه؛ لأنّ فيه تَصْديقًا له (قُبِلَ إنْ لم يَسْبِقْ إقْرارُه) أي اللّقيطُ ويَصِحُّ عَوْدُه على كُلٍّ مِنه ومِن المُقَرِّ له إذْ لو أقَرَّ إنْسانٌ بحُرِّيَّتِه فأقَرَّ اللّقيطُ له به لم يُقْبل وإنْ صَدَّقَه كما هو واضِحٌ (بِحُرِّيّةٍ) كَسائِرِ الأقاريرِ بخِلافِ ما إذا كَذَّبَه وإنْ صَدَّقَه بَعْدُ أو سَبَقَ إقْرارُه بالحُرِّيّةِ وهو مُكَلَّفٌ؛ لأنّه به التزَمَ أحْكامَ الأحْرارِ المُتَعلِّقةِ بحُقوقِ اللّه والعِبادِ فلَمْ يَقْدِرْ على إسْقاطِها وإنّما قُبِلَ إقْرارُها بالرّجْعةِ بَعْدَ إنْكارِها؛ لأنّ الأصْلَ عَدَمُ انْقِضاءِ العِدّةِ مع تَفْويضِ الشّرْعِ أمْرَ انْقِضائِها إليها والإقْرارُ بالرِّقِّ مُخالِفٌ لأصْلِ الحُرِّيّةِ الموافِقِ للإقْرارِ السّابِقِ ولا يَرِدُ على المتْنِ ما لو أقَرَّ به لزَيْدٍ فكَذَّبَه فأقَرَّ به لعَمْرٍو فصَدَّقَه فلا يُقْبَلُ وإنْ لم يَسْبِقْ مِنه إقْرارٌ بحُرِّيّةٍ؛ لأنّ إقْرارَه الأوّلَ يَتَضَمَّنُ نَفْيَ المِلْكِ لغيرِه وقد بَطَلَ مِلْكُه برَدِّه فصارَ حُرَّ الأصْلِ والحُرِّيّةُ يَتَعذَّرُ إسْقاطُها لما مَرَّ ولو أنْكَرَ رِقَّه فادَّعَى عليه به وحَلَفَ ثم أقَرَّ به له فإنْ كانَتْ صيغةُ إنْكارِه لَسْت برَقيقٍ لَك قُبِلَ أو لَسْت برَقيقٍ فلا لتَضَمُّنِه الإقْرارَ بأنّه حُرُّ الأصْلِ ولو أقَرَّ بالرِّقِّ لمُعَيَّنٍ ثم بحُرِّيّةِ الأصْلِ لم تُسْمَعْ لكنْ إنْ كانَ حالَ الإقْرارِ الأوّلِ رَشيدًا على ما مَرَّ.

(والمذْهَبُ أنّه لا يُشْتَرَطُ) في صِحّةِ الإقْرارِ بالرِّقِّ (أنْ لا يَسْبِقَ مِنه تَصرُّفٌ يَقْتَضي نُفوذه حُرِّيّةً كَبَيْعٍ ونِكاحٍ بل يُقْبَلُ إقْرارُه في أصْلِ الرِّقِّ وأحْكامِه) الماضيةِ المُضِرّةِ به و (المُسْتَقْبَلةِ) فيما له كما يُقْبَلُ إقْرارُ المرْأةِ بالنِّكاحِ وإنْ تَضَمَّنَ ثُبوتَ حَقٍّ لَها وعليه كَسائِرِ الأقاريرِنَعَمْ لو أقَرّتْ مُتَزَوِّجةٌ بالرِّقِّ والزّوْجُ مِمَّنْ لا تَحِلُّ له الأمةُ لم يَنْفَسِخْ نِكاحُه وتُسَلَّمُ له تَسْليمَ الحرائِرِ ويُسافِرُ بها بلا إذْنٍ وتَعْتَدُّ عِدَّتَهُنّ لنَحْوِ طَلاقٍ وعِدّةَ الإماءِ لمَوْتٍ ووَلَدُها قَبْلَ إقْرارِها حُرٌّ وبَعْدَه رَقيقٌ وذلك؛ لأنّ النِّكاحَ كالمقْبوضِ المُسْتَوْفَى ولهَذا لا يَنْفَسِخُ نِكاحُ أمةٍ بطُروِّ نَحْوِ يَسارٍ (و) في الأحْكامِ (الماضيةِ المُضِرّةِ بغيرِه) فلا يُقْبَلُ إقْرارُه بالنِّسْبةِ إليها (في الأظْهَرِ) كما لا يُقْبَلُ الإقْرارُ على الغيرِ بدَيْنٍ مَثَلًا وتُقْبَلُ البيِّنةُ برِقِّه مُطْلَقًا وعلى الأظْهَرِ.

(فلو لَزِمَه دَيْنٌ فأقَرَّ برِقٍّ وفي يَدِه مالٌ قُضيَ مِنه) ثم إنْ فضَلَ شَيْءٌ فللْمُقَرِّ له وإلاّ اتُّبِعَ بما بَقيَ بَعْدَ عِتْقِه (ولو ادَّعَى رِقَّه مَنْ لَيسَ في يَدِه بلا بَيِّنةٍ لم يُقْبل) قَطْعًا؛ لأنّ الأصْلَ والظّاهرَ الحُرِّيّةُ فلا تُتْرَكُ إلاّ بحُجّةٍ بخِلافِ النّسَبِ لما فيه من الاحتياطِ والمصْلَحةِ (وكَذا إن ادَّعاه المُلْتَقِطُ) بلا بَيِّنةٍ فلا يُقْبَلُ (في الأظْهَرِ) لما ذُكِرَ وبِه فارَقَ ما قاسَ عليه المُقابِلَ من دَعْواه مالاً التقَطَه ولا مُنازِعَ له إذْ لَيْسَ في دَعْواه تَغْييرُ صِفةٍ للعِلْمِ بمَمْلوكيَّتِه له أو لغيرِه ثم يَسْتَمِرُّ بيَدِه عندَ المُزَنيِّ ويَجِبُ انْتِزاعُه مِنها عندَ الماوَرْديِّ لخُروجِه بدَعْوَى رِقِّه عَن الأمانةِ ورُبَّما استَرَقَّه بَعْدُ وأيَّدَه الأذْرَعيُّ بقول العبّاديِّ لو ادَّعَى الوصيُّ دَيْنًا

ولو رأيْنا صَغيرًا مُمَيِّزًا أو غيرَه في يَدِ مَنْ يَسْتَرِقُّه ولم يُعْرَف استِنادُها إلى الالتِقاطِ حُكِمَ له بالرِّقِّ، فإنْ بلَغَ وقال: أنا حُرٌّ لم يُقْبل قولُه في الأَصَحِّ إلّا ببيِّنةٍ. وَمَنْ أقامَ بيِّنةً برقِّه عُمِلَ بها، ويُشْتَرَطُ أنْ تتعَرَّضَ البيِّنةُ لِسَبَبِ المِلْكِ، وفي قولٍ يَكْفي مُطْلَقُ المِلْكِ. ولو استَلْحَقَ اللَّقيطَ حُرٌّ مُسْلِمٌ لَحِقَه وصارَ أولَى بتَرْبيتِه، وإن استَلْحَقَه عبدٌ لَحِقَه، ....

على الميِّتِ أُخْرِجَتِ الوصيَّةُ عَنْ يَدِه لئَلاّ يَأخُذَها إلاّ أنْ يُبَرَّأ ونَظَرَ الزَّرْكَشيُّ في تَعْليل الماوَرْديِّ بأنّه لم يَتَحقَّقْ كَذِبُه حتَّى يَخْرُجَ عَن الأمانةِ ويُرَدُّ بأنّ اتِّهامَه صَيَّرَه كَغيرِ الأمينِ؛ لأنّ يَدَه صارَتْ مَظِنّةَ الإضْرارِ باللّقيطِ نَعَمْ قياسُ العبّاديِّ أنّه لو أشْهَدَ أنّه حُرُّ الأصْلِ بَقيَ بيَدِه، (ولو رَأيْنا صَغيرًا مُمَيِّزًا أو غيرَ مُمَيِّزٍ) أو مَجْنونًا (في يَدِ مَنْ يَسْتَرِقُّه) أيْ يَسْتَخْدِمُه مُدَّعيًا رِقَّه (ولم يُعْرَف استِنادُها إلى التِقاطٍ حُكِم له بالرِّقِّ) إذا ادَّعاه عَمَلاً باليدِ والتَّصرُّفِ بلا مُعارِضٍ نَعَمْ إنْ كَذَّبَه المُمَيِّزُ احتاجَ إلى يَمينٍ أنّه مِلْكُه (فإنْ بَلَغَ) الصّبيُّ الذي استَرَقَّه صَغيرًا سَواءٌ ادَّعَى رِقَّه حينَئِذٍ أو بَعْدَ البُلوغِ أو أفاقَ المجْنونُ (وقال أنا حُرٌّ لم يُقبل قولُه في الأصَحِّ إلاّ ببيِّنةٍ) بالحُرّيّةِ؛ لأنّه حُكِمَ برِقِّه في صِغَرِه أو جُنونِه فلم يَزُلْ إلاّ بحُجّةٍ نَعَمْ له تَحْليفُه وفارَقَ ما لو رَأيْنا صَغيرةً بيَدِ مَنْ يَدَّعي نِكاحَها فبَلَغَتْ وأنْكَرَتْ فإنّ على المُدَّعي البيِّنةَ وكَذا لو ادَّعَى عليه حِسْبةً وهيَ صَغيرةٌ بأنّ اليدَ دَليلُ المِلْكِ في الجُمْلةِ ويَجوزُ أنْ يولَدَ وهو مَمْلوكٌ ولا كَذلك في النّكاحِ فاحتاجَ للْبيِّنةِ (ومَنْ أقامَ بَيِّنةً) أو حُجّةً أُخْرَى (برِقِّه) بَعْدَ الاحتياجِ إليها لا إنْ لم يَحْتَجْ إليها كَبيِّنةِ داخِلٍ قَبْلَ إشْرافِ يَدِه على الزّوال (عُمِلَ بها) ولو لخارِجٍ غيرِ مُلْتَقِطٍ.

(ويُشْتَرَطُ أنْ تَتَعرَّضَ البيِّنةُ) أو نَحْوُها في اللّقيطِ (لسَبَبِ المِلْكِ) من نَحْوِ إرْثٍ وشِراءٍ لئَلاّ يَعْتَمِدَ ظاهرَ اليدِ وقَضيَّتُه أنّ بَيِّنةَ غيرِ المُلْتَقِطِ لا تَحْتاجُ لذلك ويَكْفي قولُها ولو أربَعُ نِسْوةٍ؛ لأنّ شَهادَتَهنّ بالوِلادةِ تُثْبِتُ المِلْكَ كالنّسَبِ في الشّهادةِ بالوِلادةِ أنّه ولَدُ أمَتِه وإنْ لم تَتَعرَّضْ للْمِلْكِ خِلافًا لما في تَصْحيحِ التّنْبيه؛ لأنّ الغالب أنّ ولَدَ أمَتِه مِلْكُه (وفي قولٍ يَكفي مُطلَقُ المِلْكِ) كَسائِرِ الأموال وفَرَّقَ الأوَّلَ بأنّ اللّقيطَ مَحْكومٌ بحُرّيَّتِه بظاهِرِ الدّارِ فلا يُزالُ ذلك الظّاهِرُ إلاّ عَنْ تَحْقيقٍ وفي الكِفايةِ أنّ طَريقةَ الجُمْهورِ جَرَيانُ الخِلافِ في المُلْتَقِطِ وغيرِه والمتْنُ مُحْتَمِلٌ لذلك لَكِنّ سياقَه يَخُصُّه بالمُلْتَقِطِ وفَرْقُهم هَذا وتَعْليلُهم الذي قَضيَّتُه ما مَرَّ ظاهِرانِ فيه.

(ولو استَلْحَقَ اللّقيطَ) يَعْني الصّغيرَ ولو غيرَ لَقيطٍ (حُرٌّ مُسْلمٌ) ذكَرٌ ولو غيرُ مُلْتَقِطٍ (لَحِقَه) بشُروطِه السّابِقةِ في الإقْرارِ إجْماعًا وتَثْبُتُ أحْكامُ النّسَبِ من الجانِبَيْنِ ولا يُلْحَقُ بزَوْجَتِه إلاّ ببيِّنةٍ كما يُعْلَمُ مِمّا يَأتي واستَحَبّوا للْقاضي أنْ يَقولَ للْمُلْتَقِطِ من أيْنَ هو ولَدُكَ من زَوْجَتِك أو أمَتِك أو شُبْهةٍ؛ لأنّه قد يُظَنُّ أنّ الالتِقاطَ يُفيدُ النّسَبَ وقال الزّرْكَشيُّ يَنْبَغي وُجوبُه إنْ جُهِلَ ذلك احتياطًا للنّسَبِ وسَيَأتي في الشّهاداتِ ما يُؤَيِّدُه أمّا الكافِرُ فيَسْتَلْحِقُ مَنْ حُكِمَ بكُفْرِه وكَذا مَنْ حُكِمَ بإسْلامِه لكنْ لا يَتْبَعُه في الكُفْرِ كما مَرَّ (وصارَ أولَى بتَرْبيَتِه) من غيرِه لثُبوتِ أُبوَّتِه له فأولَى لَيْسَتْ على بابِها كَفُلانٍ أحَقُّ بماله نَعَمْ إنْ كانَ كافِرًا واللّقيطُ مُسْلمًا بالدّارِ لم يُسَلَّمْ إلَيْه. (وإن استَلْحَقَه عبدٌ) بشُروطِه (لَحِقَه) في النّسَبِ

وفي قولٍ يُشْتَرَطُ تَصْديقُ سَيِّدِه، وإن استَلْحَقَتْه امرأةٌ لم يَلْحَقْها في الأَصحِّ. أو اثْنانِ لم يُقَدَّم مُسْلِمٌ وحُرٌّ على ذِمّيٍّ وعبدٍ، فإنْ لم يَكُنْ بَيِّنةٌ عُرِضَ على القائِفِ فيَلْحَقُ مَنْ أَلْحَقَه به، فإنْ لم يَكُنْ قائِفٌ أو تَحيَّرَ أو نَفاه عنهما أو أَلْحَقَه بهما أُمِرَ بالانْتِسابِ بعد بُلوغِه إلى مَنْ يَميلُ طَبْعُه إليه منهما، ولو أقاما بَيِّنَتَيْنِ مُتَعارِضَتَيْنِ سَقَطَتا في الأَظْهَرِ.

دونَ الرِّقِّ إلاّ ببيِّنةٍ عليه؛ لأنّه كالحُرِّ في النَّسَبِ لكنْ يُقَرُّ بيَدِ المُلْتَقِطِ ويُنْفَقُ عليه من بَيْتِ المال (وفي قولٍ يُشْتَرَطُ تَصْديقُ سَيِّدِه)؛ لأنّه يَقْطَعُ إرْثَه بفَرْضِ عِتْقِه وأجابَ الأوَّلَ بأنّ هَذا لا نَظَرَ إلَيْه لصِحّةِ استِلْحاقِ ابنٍ مع وُجودِ أخٍ، (وإن استَلْحَقَتْه امرَأةٌ لم يَلْحَقْها في الأصَحِّ) لإمْكانِ إقامةِ البيِّنةِ بمُشاهَدةِ الوِلادةِ بخِلافِ الرَّجُلِ وإذا أقامَتْها لَحِقَها ولو أمةً ولا يَثْبُتُ رِقُّه لمَوْلاها ولا يَلْحَقُ زَوْجَها إلاّ إنْ أمْكَنَ وشَهِدَتْ بالوِلادةِ على فِراشِه وحينَئِذٍ لا يَنْتَفي عَنه إلاّ باللِّعانِ، (أو) استَلْحَقَه (اثْنانِ لم يُقَدَّمْ مُسلِمٌ وحُرٌّ على ذِمّيٍّ) وحَرْبيٍّ (وعبدٍ) لصِحّةِ استِلْحاقِ كُلٍّ مِنهم ويَدُ المُلْتَقِطِ لا تَصْلُحُ للتَّرْجيحِ هُنا (فإنْ) كانَ لأحَدِهما بَيِّنةٌ سَليمةٌ من المُعارِضِ عُمِلَ بها وإنْ (لم يَكُنْ) لواحِدٍ مِنْهُما (بَيِّنةٌ) أو كانَ لكُلٍّ بَيِّنةٌ وتَعارَضَتا فإنْ سَبَقَ استِلْحاقُ أحَدِهما ويَدُه عَنْ غيرِ التِقاطٍ قُدِّمَ لثُبوتِ النَّسَبِ مِنه مُعْتَضَدًا باليَدِ فهيَ عاضِدةٌ لا مُرَجِّحةٌ وإنْ لم يَسْبِقْ أحَدُهما كَذلك كأن استَلْحَقَه لاقِطُه ثم ادَّعاه آخَرُ (عُرِضَ على القائِفِ) الآتي قُبَيْلَ العِتْقِ (فيلْحَقُ مَنْ أَلْحَقَه به) لما يَأتي ثَمَّ ولا يُقْبَلُ مِنه بَعْدَ إلْحاقِه بواحِدٍ إلْحاقُه بآخَرَ؛ لأنّ الاجْتِهادَ لا يُنْقَضُ بالاجْتِهادِ ومِنْ ثَمَّ لو تَعارَضَ قائِفانِ كانَ الحُكْمُ للسّابِقِ وتُقَدَّمُ البيِّنةُ عليه وإنْ تَأخَّرَتْ كما يُقَدَّمُ هو على مُجَرَّدِ الانْتِسابِ؛ لأنّه بمَنْزِلةِ الحُكْمِ فكانَ أقْوَى.

(فإنْ لم يَكُنْ قائِفٌ) بالبلَدِ أو بدونِ مَسافةِ القصْرِ مِنْه وقيلَ بالدُّنْيا وقيلَ بمَسافةِ العدْوَى (أو) وُجِدَ ولكنْ (تَحيَّرَ أو نَفاه عَنهُما أو أَلْحَقَه بهما) وقَفَ الأمْرُ إلى بُلوغِه و(أُمِرَ بالانْتِسابِ) قَهْرًا عليه وحُبِسَ إن امْتَنَعَ وقد ظَهَرَ له مَيْلٌ وإلاّ وقَفَ الأمْرُ على الأوجَه (بَعْدَ بُلوغِه إلى مَن يَميلُ طَبْعُه إلَيه مِنْهما) لما صَحَّ عَنْ عُمَرَ رضي الله عنه أنّه أُمِرَ بذلك ولا يَجوزُ له الانْتِسابُ بالتَّشَهّي بل لا بُدَّ من مَيْلٍ جِبِلّيٍّ كَمَيْلِ القريبِ لقَريبِه وشَرَطَ فيه الماوَرْدِيُّ أنْ يُعْرَفَ حالُهما ويَراهُما قَبْلَ البُلوغِ وأنْ تَسْتَقيمَ طَبيعَتُه ويَتَّضِحَ ذكاؤُه وأَقَرَّه ابنُ الرِّفْعةِ وأيَّدَه الزَّرْكَشيُّ بقولِهِمْ إنّ المَيْلَ بالاجْتِهادِ أيْ وهو يَسْتَدْعي تلك المُقَدِّماتِ ولو انْتَسَبَ لغيرِهما وصَدَّقَه ثَبَتَ نَسَبُه ولم يَخْتَرِ المُمَيِّزُ كما يَأتي في الحضانةِ؛ لأنّ رُجوعَه يُعْمَلُ به ثَمَّ لا هُنا فقولُه مُلْزِمٌ والصّبيُّ لَيْسَ من أهلِ الإلْزامِ ويُنْفِقانِه مُدّةَ الانْتِظارِ ثم مَنْ ثَبَتَ له رَجَعَ الآخَرُ عليه بما أنْفَقَ إنْ كانَ بإذْنِ الحاكِمِ ثم بالإشْهادِ على نيّةِ الرُّجوعِ ثم بنيَّتِه كما يُعْلَمُ مِمّا مَرَّ آخِرَ الإجارةِ وإلاّ فهو مُتَبَرِّعٌ ولو تَداعاه امْرأتانِ أنْفَقَتا.

ولا رُجوعَ هُنا مُطْلَقًا لإمْكانِ القطْعِ بالوِلادةِ فأوخِذَتْ كُلٌّ بموجِبِ قولِها (ولو أقاما بَيِّنَتَيْنِ) على النَّسَبِ (مُتَعارِضَتَيْنِ) كَأن اتَّحَدَ تاريخُهُما (سَقَطَتا في الأظهَرِ) إذْ لا مُرَجِّحَ فيُرْجَعُ للْقائِفِ واليَدُ هُنا غيرُ مُرَجِّحةٍ خِلافًا لجَمْعٍ؛ لأنّها لا تُثْبِتُ النَّسَبَ بخِلافِ المِلْكِ.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الجعالةِ

هيَ كَقولِه: مَنْ رَدَّ آبِقي فَلَه كَذا ....

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

(كِتابُ الجعالةِ)

(هيَ) بتَثْليثِ الجيمِ كالجُعْلِ، والجعيلةُ لُغةً ما يَجْعَلُه الإنْسانُ لغيرِه على شَيْءٍ بفِعْله وأصْلُها قَبْلَ الإجْماعِ أحاديثُ رُقْيةِ الصّحابيِّ وهو أبو سَعيدٍ الخُدْريِّ رضي الله عنه اللّديغَ بالفاتِحةِ على ثَلاثينَ رَأسًا من الغنَمِ في الصّحيحَيْنِ وغيرِهما[1].

واستَنْبَطَ مِنْها البُلْقينيُّ وتَبِعَه الزَّرْكَشيُّ جَوازَها على ما يَنْتَفِعُ به المريضُ من دَواءٍ أو رُقْيةٍ وعُقِّبَتْ هُنا للَّقيطِ لأنّها طَلَبٌ لالتِقاطِ الضّالةِ وفي الرّوْضةِ وغيرِها للإجارةِ لأنّها عَقْدٌ على عَمَلٍ نَعَمْ تُفارِقُها في جَوازِها على عَمَلٍ مَجْهولٍ وصِحَّتِها مع غيرِ مُعَيَّنٍ وكَوْنِها جائِزةً وعَدَمِ استِحْقاقِ العامِلِ تَسْليمَ الجُعْلِ إلاّ بَعْدَ تَسْليمِ العمَلِ فلو شَرَطَ تَعْجيلَه فسَدَ المُسَمَّى ووَجَبَتْ أُجرةُ المِثْلِ فإنْ سَلَّمَه بلا شَرْطٍ لم يَجُزْ تَصرُّفُه فيه على الأوجَه ويُفَرَّقُ بَيْنَه وبَيْنَ الإجارةِ بأنّه ثَمَّ مَلَكَه بالعقْدِ وهُنا لا يَمْلكُه إلاّ بالعمَلِ وشَرْعًا الإذْنُ في عَمَلٍ مُعَيَّنٍ أو مَجْهولٍ لمُعَيَّنٍ أو مَجْهولٍ بمُقابِلٍ (كَقوله) أيْ مُطْلَقِ التَّصرُّفِ المُخْتارِ (مَنْ رَدَّ آبِقي) أو آبِقَ زَيْدٍ كما سَيُصَرِّحُ به (فلَه كَذا) أو رُدَّه ولَكَ كَذا والأوجه أنّه لا يُشْتَرَطُ أنْ يَقولَ عَلَيَّ ولا نيَّتُه واحتُمِلَ إيهامُ العامِلِ لأنّه قد لا يُعْرَفُ راغِبًا في العمَلِ وكَقولِ مَنْ حُبِسَ ظُلْمًا لمَنْ يَقْدِرُ على خَلاصِه وإنْ تَعَيَّنَ عليه على المُعْتَمَدِ إنْ خَلَّصْتني فلَكَ كَذا بشَرْطِ أنْ يَكونَ في ذلك كُلْفةٌ تُقابَلُ بأُجرةٍ عُرْفًا وأركانُها عَمَلٌ وجُعْلٌ وصيغةٌ وعاقِدٌ كما عَلِمْتَ مع شُروطِها من كَلامِه هُنا وفيما يَأتي واستُفيدَ من قوله مَنْ رَدَّ أنّ الشّرْطَ في العامِلِ قُدْرَتُه على الرّدِّ بنَفْسِه إنْ كانَ غيرَ مُعَيَّنٍ وبِنَفْسِه أو مَأذونِه إنْ كانَ مُعَيَّنًا وهَذا لا يُنافي ما يَأتي في التّوْكيلِ فتَأمَّلْه وأنّه لا يُشْتَرَطُ فيه بقِسْمَيْه تَكْليفٌ ولا رُشْدٌ ولا حُرّيّةٌ ولا إذْنُ سَيِّدٍ أو وليٍّ فيَصِحُّ من صَبيٍّ ومَجْنونٍ له نَوْعُ تَمْييزٍ ومَحْجورِ سَفَهٍ وقِنٍّ على المُعْتَمَدِ من اضْطِرابٍ للْمُتَأخِّرِيْنَ في ذلك.

ولا يُقاسُ ما هُنا بالإجارةِ؛ لأنّه يُغْتَفَرُ هُنا ما لا يُغْتَفَرُ ثَمَّ وقَضيّةُ الحدِّ صِحَّتُها في إنْ حَفِظْت مالي من مُتَعَدٍّ عليه فلَكَ كَذا وهو مُتَّجِهٌ إنْ عَيَّنَ له قدرَ المال وزَمَنَ الحِفْظِ وإلاّ فلا؛ لأنّ الظّاهِرَ أنّ المالكَ يُريدُ الحِفْظَ على الدّوام وهَذا لا غايةَ له فلم يَبْعُدْ فسادُه بالنِّسْبةِ للْمُسَمَّى فتَجِبُ له أُجْرةُ المِثْل

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/٢١٥٦]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/٢٢٠١]، وغيرهما من حديث: أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

وَيُشْتَرَطُ صيغةٌ تَدُلُّ على العمَلِ بعِوَضٍ مُلْتَزَمٍ، فلو عَمِلَ بلا إذْنٍ أو أَذِنَ لِشَخْصٍ فَعَمِلَ غيرُه، فلا شَيْءَ له.
ولو قال أجْنَبيٌّ: مَنْ رَدَّ عبدَ زَيْدٍ فَلَه كَذا استحَقَّه الرّادُّ على الأجْنَبيِّ، وإنْ قال: قال زَيْدٌ: مَنْ رَدَّ عبدي فَلَه كَذا وكان كاذِبًا لم يَسْتَحِقَّ عليه ولا على زَيْدٍ، ولا يُشْتَرَطُ قَبولُ العامِلِ

لما حَفِظَه (و) عُلِمَ من مِثاله الذي دَلَّ به على حَدِّها كما تَقَرَّرَ أنّه (يُشتَرَطُ) فيها لتَتَحقَّقَ (صيغةٌ) من النّاطِقِ الذي لم يُرِد الكِتابةَ (تَدُلُّ على العمَلِ) أي الإذْنِ فيه كما بأصْله (بِعِوَضٍ) مَعْلوم مَقْصودٍ (مُلتَزِم) لأنّها مُعاوَضةٌ أمّا الأخْرَسُ فتَكْفي إشارَتُه المُفْهمةُ لذلك وأمّا النّاطِقُ إذا كَتَبَ ذلك ونَواه فإنّه يَصِحُّ مِنْه (فلو عَمِلَ بلا إذنٍ) أو بإذْنٍ من غيرِ ذِكْرِ عِوَضٍ أو بَعْدَ الإذْنِ لَكِنّه لم يَعْلم به سَواءٌ المُعَيَّنُ وقاصِدُ العِوَضِ وغيرُهُما (أو أذِنَ لشَخصٍ فعَمِلَ غيرُه فلا شَيْءَ له)؛ لأنّه لم يَلْتَزِمْ له عِوَضًا فوَقَعَ عَمَلُه تَبَرُّعًا وإنْ عُرِفَ برَدِّ الضّوالِّ بعِوَضٍ نَعَمْ رَدُّ قِنِّ المقول له كَرَدِّه لأنّ يَدَه كَيَدِه كَذا قالاه وقَيَّدَه السُّبْكيُّ بما إذا أَذِنَ له وأَيَّدَه الأذْرَعيُّ بقول القاضي فإنْ رَدَّه بنَفْسِه أو بعبدِه استَحَقَّ وتَنْزيلُهم فِعْلَ قِنِّه مَنْزِلةَ فِعْله يُؤَيِّدُ الأَوَّلَ وقولُهم المذْكورُ لا يُخالفُه؛ لأنّه لَمّا تَنَزَّلَ فِعْلُه كَفِعْله صَحَّ أنْ يُقال رَدَّه بعبدِه، وإنْ لم يَأذَنْ له، ولو قال مَنْ رَدَّ عبدي من سامِعي نِدائي فرَدَّه مَنْ عَلمَه ولم يَسْمَعْه لم يَسْتَحِقَّ ولِمَنْ سَمِعَ النِّداءَ العامَّ التَّوْكيلُ كَهو في تَمَلُّكِ المُباحِ وكَذا الخاصُّ لكنْ إنْ لم يُحْسِنْه أو لم يَلْقَ به أو عَجَزَ عَنْه وعَلمَ به القائِلُ وإلاّ فلا، وإنْ طَرَأ له نَحْوُ مَرَضٍ نَظيرُ ما مَرَّ في الوكيل فعُلمَ أنّ مَنْ جوعِلَ على الزّيارةِ لا يَسْتنيبُ فيها إلاّ إنْ عُذِرَ وعَلمَه المُجاعِلُ حالَ الجعالةِ (ولو قال أجْنَبيٌّ) مُطْلَقُ التَّصَرُّفِ مُخْتارٌ (مَنْ رَدَّ عبدَ زَيْدٍ فلَه كَذا استحَقَّه الرّادُّ) العالمُ به (على الأجْنَبيِّ)؛ لأنّه التزَمَه، وإنْ لم يَأتِ بـ «على» على المنْقول، وإنْ نازَعَ فيه السُّبْكيُّ نَظَرًا إلى أنّ المُتَبادِرَ مِنْه ذلك واستَشْكَلَ ابنُ الرِّفْعةِ استِحْقاقَ الرّادِّ بأنّه لا يَجوزُ له وضْعُ يَدِه عليه بغيرِ إذْنِ مالِكه بل يَضْمَنُه وأُجيبَ بفَرْضِه فيما إذا أَذِنَ المالكُ لمَنْ شاءَ في الرّدِّ والتزَمَ الأجْنَبيُّ الجُعْلَ وقد يُصَوَّرُ بما إذا ظَنّه العامِلُ المالك أو عَرَفَه وظَنَّ رِضاه على أنّ وضعَ اليدِ عليه للرَّدِّ يَرْضَى به المُلاّكُ غالبًا وكَفَى بذلك مُجَوِّزًا وظاهرٌ أنّ المُرادَ من الأجْنَبيِّ غيرُ الوكيل والوليِّ فلو قال ذلك عَنْ موَكِّله أو مَحْجورِه والجُعْلُ قدرُ أُجْرةِ المِثْل وَجَبَ في مال الموَكِّل والمحْجورِ.

(وإنْ قال) الأجْنَبيُّ (قال زَيْدٌ مَنْ رَدَّ عبدي فلَه كَذا وكانَ كاذِبًا لم يَستَحِقَّ) الرّادُّ (عليه) أي الأجْنَبيِّ شَيْئًا لعَدَمِ التِزامِه (ولا على زَيْدٍ) إنْ كَذَّبَه لذلك ولا تُقْبَلُ شَهادةُ الأجْنَبيِّ على زَيْدٍ بذلك؛ لأنّه مُتَّهَمٌ في تَرْويجِ قوله أمّا إذا صَدَّقَه فيَلْزَمُه الجُعْلُ وقَيَّدَه الرّافِعيُّ بما إذا كانَ الأجْنَبيُّ مِمَّنْ يُقْبَلُ خَبَرُه وإلاّ فكما لو رَدَّه غيرَ عالم بإذْنِه انْتَهَى ويَتَّجِه أنّ مَحَلَّ قوله إلاّ إلَخ ما إذا لم يُصَدِّقْه العامِلُ وإلاّ استَحَقَّ على المالكِ المُصَدِّقِ؛ لأنّ المحْذورَ عَدَمُ عِلْم العامِلِ وبِتَصْديقِه يَصيرُ عالمًا ولا نَظَرَ لاتِّهامِه؛ لأنّ عِلْمَه وعَدَمَه لا يُعْلَمُ إلاّ مِنه مع قوَّتِه بموافَقَتِه للمالكِ (ولا يُشتَرَطُ قَبولُ العامِلِ) لَفْظًا لما دَلَّ عليه لَفْظُ

وإنْ عَيَّنَهُ. وَتَصِحُّ على عَمَلٍ مَجْهولٍ، وكذا مَعْلومٌ في الأصَحِّ. وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الجُعْلِ، مَعْلومًا فلو قال: مَنْ رَدَّه فَلَه ....

الجاعِلِ (وإنْ عَيَّنَه) بل يَكْفِي العمَلُ كالوكيل ومِنْ ثَمَّ لو رَدَّه ثم عَمِلَ لم يَسْتَحِقَّ إلاّ بإذْنٍ جَديدٍ.

(تَنبيهٌ) في الرّوْضةِ وأصْلها إذا لم يُعَيَّن العامِلُ لا يُتَصَوَّرُ قَبولُ العقْدِ وظاهرُه يُنافي المتْنَ وقد يُجابُ بأنّ مَعْنَى عَدَمِ تَصَوُّرِ ذلك بُعْدُه بالنّظَرِ للمُخاطَباتِ العاديةِ ومَعْنَى تَصَوُّرِه الذي أفْهَمَه المتْنُ أنّه من حَيْثُ دَلالةُ اللّفْظِ على كُلِّ سامِعٍ سامِعٍ مُطابَقةً لعُمومِه صارَ كُلُّ سامِعٍ كأنّه مُخاطَبٌ فتُصوِّرَ قَبولُه ولا تُشْتَرَطُ المُطابَقةُ فلو قال إنْ رَدَدْت آبِقِي فلَكَ دينارٌ فقال أرُدُّه بنِصْفِ دينارٍ استَحَقَّ الدّينارَ؛ لأنّ القبولَ لا أثَرَ له في الجعالةِ قاله الإمامُ واعتُرِضَ بقولهِمْ في طَلِّقْني بألْفٍ فقال بمِائةٍ طَلُقَتْ بها كالجعالةِ وقولِهمْ في اغْسِلْ ثَوْبي وأُرْضيك فقال لا أُريدُ شَيْئًا يَجِبُ له شَيْءٌ وقد يُجابُ بأنّ الطّلاقَ لَمّا تَوَقَّفَ على لَفْظِ الزّوْجِ أُديرَ الأمْرُ عليه وبِأنّ الأخيرةَ لَيْسَتْ نَظيرةَ مَسْألَتِنا؛ لأنّ ما فيها رَدٌّ للْجُعْلِ من أصْله فأثَّرَ بخِلافِ رَدِّ بعضِه.

(وتَصِحُّ) الجعالةُ (على عَمَلٍ مَجْهولٍ) كما عُلِمَ من تَمْثيله أوّلَ البابِ وذكَرَه هُنا لضَرورةِ التّقْسيم وقَيَّدَ جَمْعٌ ذلك بما يَعْسُرُ ضَبْطُه لا كَبِناءِ حائِطٍ فيَذْكُرُ مَحَلَّه وطولَه وسُمْكَه وارْتِفاعَه وما يُبْنَى به، وخياطةِ ثَوْبٍ فيَصِفُه كالإجارةِ (وكَذا مَعْلومٌ) كَمَنْ رَدَّه من مَوْضِعِ كَذا (في الأصَحِّ)؛ لأنّها إذا جازَتْ مع الجهْلِ فمع العِلْمِ أولَى ومَرَّ أنّه لا بُدَّ في العمَلِ من كُلْفةٍ فلو رَدَّ مَنْ هو بيَدِه ولا كُلْفةَ فيه كَدينارٍ فلا شَيْءَ له، ولو قالَ مَنْ دَلّني على مالي فلَه كَذا فدَلَّه مَنْ هو بيَدِه فلا شَيْءَ له إذْ لا كُلْفةَ وعَلَّلَه شارِحٌ بوُجوبِه عليه وهو مَبنيٌّ على ما شَرَطَه في العمَلِ أنّه يُشْتَرَطُ كَوْنُه غيرَ واجِبٍ عليه وهو ضَعيفٌ كما مَرَّ نَعَمْ إنْ عَصَى بوَضْعِ يَدِه عليه بنَحْوِ غَصْبٍ ثم سَمِعَ قولَ مالِكِه مَثَلاً مَنْ رَدَّ مالي فلَه كَذا فرَدَّه لم يَسْتَحِقَّ شَيْئًا، وإنْ كانَ فيه كُلْفةٌ لتَعَيُّنِ الرّدِّ عليه فوْرًا ليَخْرُجَ به عَن المعْصيةِ وعلى هَذا يُحْمَلُ مَنْ شَرَطَ في العمَلِ عَدَمَ تَعَيُّنِه عليه وقد يُجْمَعُ أيْضًا بأنّ ما تَعَيَّنَ لعارِضٍ كَفَرْضِ كِفايةٍ انْحَصَرَ في واحِدٍ له الأُجْرةُ فيه ومِنْه قولُهم باستِحْقاقِها في نَحْوِ تَعْليمِ الفاتِحةِ وحِرْزِ الوديعةِ، وإنْ تَعَيّنا عليه وما كانَ مُتَعَيّنًا أصالةً لا أُجْرةَ فيه ومِنْه مَسْألةُ الغاصِبِ المذْكورةِ أو مَنْ هو بيَدِ غيرِه استُحِقَّ؛ لأنّ الغالب أنّه تَلْحَقُه مَشَقّةٌ بالبحْثِ عَنْه وقَيَّدَه الأذْرَعيُّ بما إذا كانَ البحْثُ المُشِقُّ بَعْدَ الجعالةِ أمّا السّابِقُ عليها فلا عِبْرةَ به أيْ لأنّه مَحْضُ تَبَرُّعٍ حينَئِذٍ.

(ويُشْتَرَطُ) لصِحّةِ العقْدِ عَدَمُ تَأقيتِه فيَبْطُلُ مَنْ رَدَّ عبدي إلى شَهْرٍ سَواءٌ أضَمَّ إلَيْه من مَحَلِّ كَذا أمْ لا؛ لأنّه قد لا يَجِدُه فيه و(كَوْنُ الجُعْلِ) مالاً (مَعْلومًا) بمُشاهَدةِ المُعَيَّنِ أو وصْفِه أو وصْفِ ما في الذِّمّةِ مَقْصودًا يَصِحُّ غالبًا جَعْلُه ثَمَنًا لأنّه عِوَضٌ كالأُجْرةِ ولا حاجةَ لجَهالَتِه بخِلافِ العمَلِ (فلو قال مَنْ رَدَّه فلَه) ثيابُه إنْ عُلِمَتْ، ولو بالوصْفِ فهيَ للرّادِّ وإلاّ فلَه أُجْرةُ المِثْلِ واستَشْكَلَه الإسْنَويُّ بأنّ وصْفَ المُعَيَّنِ لا يُغْني عَنْ رُؤْيَتِه وأجابَ عَنْه البُلْقينيُّ بأنّ هَذِه المُعاقَدةَ دَخَلَها التّخْفيفُ فلم يُشَدَّدْ

ثَوْبٌ أو أُرْضِيه فَسَدَ العقْدُ، ولِلرّادِّ أُجرةُ مِثْلِهِ. ولو قال من بلَدِ كَذا فَرَدَّه من أقْرَبَ منه فَلَه قِسْطُه مِن الجُعْلِ.

فيها بخِلافِ نَحْوِ البيْعِ وقياسُه صِحّةُ فلَه نِصْفُه إنْ عُلمَ، وإنْ لم يُعْرَفْ مَحلُّه وهو أحَدُ وجْهَيْنِ يَتَّجِه تَرْجيحُه ثم رَأيْت الأنْوارَ وغيرَه رَجَّحاه أيْضًا وقياسُ الرّافِعيِّ له على استِئْجارِ المُرْضِعةِ بنِصْفِ الرّضيعِ بَعْدَ الفِطام أجابَ عَنْه في الكِفايةِ بأنّ الأُجرةَ المُعَيَّنَةَ تُمْلَكُ بالعقْدِ فجَعْلُها جُزْءًا من الرّضيعِ بَعْدَ الفِطام يَقْتَضي تَأجيلَ مِلْكِه وهُنا إنّما يُمْلَكُ بتَمام العمَل فلا مُخالَفَةَ لمُقْتَضى العقْدِ ولا عَمَلَ يَقَعُ في مُشْتَرَكٍ أو فلَه (ثَوْبٌ أو أُرْضِيه) أو فلَه خَمْرٌ مَثَلًا (فسَدَ العقْدُ) لجَهالةِ العِوَضِ أو عَدَم ماليَّتِه (وللرّادِّ) الجاهل بأنّ الفاسِدَ لا شَيْءَ فيه فيما يَظْهَرُ أخذًا مِمّا مَرَّ في القِراضِ (أُجرةُ مِثْله) كالإجارةِ الفاسِدةِ وفي غيرِ المقْصودِ كالدّم لا شَيْءَ له؛ لأنّه لم يَطْمَعْ في شَيْءٍ ومَرَّ صِحّةُ الحجِّ بالنّفَقةِ للْحاجةِ وحُمِلَ على حُجَّ عَنّي وأُعْطيك نَفَقَتَك؛ لأنّه أرزاقٌ لا جَعالةٌ بخِلافِ حُجَّ عَنّي بنَفَقَتِك فإنّه فاسِدٌ كما في الأُمِّ وجَزَمَ به الماوَرْديُّ ويَأتي آخِرَ السّيَرِ صِحّةُ مَنْ دَلَّ على قَلْعةٍ فلَه جاريةٌ مِنْها وإذا قُلْنا بأنّه أرزاقٌ لَزِمَه كِفايَتُه كما هو ظاهرٌ، ثم هَل المُرادُ بها كِفايةُ أمْثاله عُرْفًا أو كِفايةُ ذاتِه نَظيرَ ما يَأتي في كِفايةِ القريبِ والقِنِّ؟ كُلٌّ مُحْتَمَلٌ، (ولو قال) مَنْ رَدَّه (من بَلَدِ كَذا فرَدَّه) من تلك الجِهةِ لكنْ (من) أبْعَدَ مِنْه فلا زيادةَ له لتَبَرُّعِه بها أو من (أقْرَبَ مِنه فلَه قِسْطُه من الجُعْل)؛ لأنّه قوبِلَ بكُلِّ العمَل فيوَزَّعُ على ما قد وُجِدَ مِنه وما عُدِمَ ومَحَلُّه إنْ تَساوَتِ الطّريقُ سُهولةً أو حُزونةً وإلّا بأنْ كانَ النّصْفُ مَثَلًا الذي أتَى به ضِعْفَ ما تَرَكَه استَحَقَّ ثُلُثَي الجُعْل أمّا إذا رَدَّه من جِهةٍ أُخْرَى فلا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا مُطْلَقًا على ما بَحَثَه السُّبْكيُّ وتَبِعَه الأذْرَعيُّ أوّلًا لأنّه لم يَأذَنْ له في الرّدِّ مِنْها وله احتِمالٌ أنّه يُسْتَحَقُّ بقدرِ ما يَسْتَحِقُّه لو رَدَّ من الجِهةِ المُعَيَّنةِ وهو المنْقولُ في الكافي واعْتَمَدَه أعْني الأذْرَعيَّ قال؛ لأنّ التَّعْيينَ إنّما يُرادُ به الإرْشادُ لمَحلِّه ومِنْ ثَمَّ لو أرادَ حَقيقةَ التّعْيينِ لم يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ولا يُشْكِلُ على ما ذُكِرَ نَحْوُ مَنْ خاطَ لي ثَوْبًا أو بَنَى لي حائِطًا أو عَلَّمَني سورةَ كَذا فأتَى ببعضِه لم يَسْتَحِقَّ شَيْئًا؛ لأنّه لم يُحَصِّلْ غَرَضَه الذي سَمّاه وثَمَّ حَصَّلَ غَرَضَه ومِنْ ثَمَّ لو ذكَرَ شَيْئَيْنِ مُسْتَقِلَّيْنِ كَمَنْ رَدَّ عبدَيَّ فلَه كَذا استَحَقَّ نِصْفَ الجُعْل برَدِّ أحَدِهما وقَيَّدَه شارِحٌ بما إذا تَساوَى مَحلُّهُما أيْ وقد استَوَتْ طَريقُهُما سُهولةً وحُزونةً أخْذًا من تَقْييدِهِمْ بذلك للرّدِّ من نِصْفِ الطّريقِ المُعَيَّنِ وألْحَقَ الزّرْكَشيُّ بذلك غَيْبَةَ الطّالِبِ عَن الدّرْسِ أيّامًا وقد قال الواقِفُ مَنْ حَضَرَ أشْهُرًا فلَه كَذا فيَسْتَحِقُّ قِسْطَ ما حَضَرَ. لتَفاضُل الأيّامِ ومَرَّ فيه كَلامٌ في الوقْفِ فراجِعْه.

(فرْعٌ) تَجوزُ الجعالةُ على الرُّقْيةِ بجائزٍ كما مَرَّ وتَمْريضِ مَريضٍ ومُداواتِه، ولو دابّةً ثم إنْ عَيَّنَ لذلك حَدًّا كالشِّفاءِ ووُجِدَ استَحَقَّ المُسَمَّى وإلّا فأُجْرةَ المِثْل، ولو جاعَلَه على رَدِّ عَبيدٍ فرَدَّ بعضَهم استَحَقَّ قِسْطَه باعْتِبارِ العدَدِ أيْ بالقيْدَيْنِ المذْكورَيْنِ؛ لأنّ أُجرةَ رَدِّهِمْ لا تَتَفاوَتُ حينَئِذٍ غالبًا أو على حَجٍّ وعُمْرةٍ وزيارةٍ فعَمِلَ بعضَها استَحَقَّ بقِسْطِه بتَوْزيعِ المُسَمَّى على أُجرةِ مِثْل الثّلاثةِ.

ولو اشْتَرَكَ اثْنانِ في رَدِّه اشْتَرَكا في الجُعْلِ. ولو التزَمَ جُعْلاً لِمُعَيَّنٍ فَشارَكَه غيرُه في العمَلِ إنْ قَصَدَ إعانَتَه فَلَه كُلُّ الجُعْلِ، وإنْ قَصَدَ العمَلَ للمالِكِ فَلِلأَوَّلِ قِسْطُه، ....

(ولو اشتَرَكَ اثنانِ) مَثَلاً مُعيَّنَيْنِ أو لا وقد عَمَّهُما النِّداءُ (في رَدِّه اشتَرَكا في الجُعْل) أو ثَلاثةٌ فكَذلك بحَسَبِ الرُّءوسِ، وإنْ تَفاوَتَ عَمَلُهم إذْ لا يَنْضَبِطُ حَتَّى يوزَّعَ عليه وبِه فارَقَ تَوْزيعَه بقدرِ المِلْكِ على مُلاّكٍ التزَموه وفارَقَ ذلك أيْضًا مَنْ دَخَلَ داري فأَعْطِه دِرْهَمًا فدَخَلَها جَمْعٌ استَحَقَّ كُلٌّ دِرْهَمًا بأنّ كُلاًّ هُنا دَخَلَ ولَيْسَ كُلٌّ ثَمَّ براداًّ له وإنّما الرّادُّ له مَجموعُهُمْ، ولو قال إنْ رَدَدْتُما عبدي فلَكُما كَذا فرَدَّه أحَدُهُما استَحَقَّ النِّصْفَ؛ لأنّه لم يَلْتَزِمْ له سَواءً كما قالاه وبَحْثُ السُّبْكيِّ أنّه لا شَيْءَ له ضَعيفٌ، (ولو التزَمَ جُعْلاً لمُعَيَّنٍ) كَإنْ رَدَدْتَه فلَكَ دينارٌ (فشارَكَه غيرُه في العمَلِ إنْ قَصَدَ إعانَتَه) مَجّانًا أو بعِوَضٍ مِنه (فلَه) أيْ ذلك المُعَيَّنُ (كُلُّ الجُعْلِ)؛ لأنّ قَصْدَ المُلْتَزِمِ الرّدُّ مِمَّن التزَمَ له بأيِّ وجْهٍ أمْكَنَ فلم يَقْصُرْ لَفْظَه على المُخاطَبِ وحْدَه بخِلافِ ما مَرَّ فيما إذا أذِنَ لمُعَيَّنٍ فرَدَّه نائِبُه مع قُدْرَتِه؛ لأنّ المالك لم يَأذَنْ فيه أصْلاً ولا شَيْءَ للْمُعاوِنِ إلاّ إن التزَمَ له المُخاطَبُ أُجْرةً وأخَذ السُّبْكيُّ من كَلامِهِمْ هُنا وفي المُساقاةِ جَوازَ الاستِنابةِ في الإمامةِ والتَّدْريسِ وسائِرِ الوظائِفِ القابِلةِ للنِّيابةِ، وإنْ لم يَأذن الواقِفُ إذا استَنابَ مَنْ وُجِدَ فيه شَرْطُ الواقِفِ مِثْلَه أو خَيْرًا مِنه ويَسْتَحِقُّ المُسْتَنيبُ كُلَّ المعْلوم وضَعَّفَ إفْتاءَ المُصَنِّفِ وابنِ عبدِ السّلامِ أنّه لا يَسْتَحِقُّه واحِدٌ مِنْهُما المُسْتَنيبُ لعَدَمِ مُباشَرتِه، والنّائِبُ الذي لم يَأذَنْ له النّاظِرُ لعَدَمِ وِلايتِه ورَدَّ عليه الأذْرَعيُّ ذلك وأطالَ ثم قال وما ذَكَرَه فيه فتْحُ بابٍ لأكْلِ أربابِ الجِهاتِ مالَ الوقْفِ دائِمًا المُرْصَدَ للْمَناصِبِ الدّينيّةِ واستِنابةُ مَنْ لا يَصْلُحُ أو يَصْلُحُ بنَزْرٍ يَسيرٍ قال غيرُه وهَكَذا جَرَى فلا حَوْلَ ولا قوّةَ إلاّ باللّه انْتَهَى ويُرَدُّ بأنّه سَدَّ ذلك البابَ باشْتِراطِ كَوْنِه مِثْلَه أو خَيْرًا مِنه والزَّرْكَشيُّ بأنّ الرّيعَ لَيْسَ من بابِ جَعالةٍ ولا إجارةٍ إذْ لا يُمْكِنُ وُقوعُ العمَلِ مُسَلَّمًا للْمُسْتَأجِرِ أو الجاعِلِ وإنّما هو إباحةٌ بشَرْطِ الحُضورِ ولم يوجَدْ فلا يَصِحُّ أخْذُه المذْكورُ وقَضيَّتُه أنّه لا شَيْءَ للْمُسْتَنيبِ، ولو لعُذْرٍ، ولو لمَنْ هو خَيْرٌ مِنه وقَضيَّةُ كَلامِ الأذْرَعيِّ خِلافُه والذي يَتَّجِه استِثْناءُ النِّيابةِ لمِثْله أو خَيْرٍ مِنه لعُذْرٍ عَمَلاً بالعُرْفِ المُطَّرِدِ بالمُسامَحةِ في الإنابةِ حينَئِذٍ وعليه فيُجابُ عَمّا ذكَرَه الزَّرْكَشيُّ بأنّه لَمّا أنابَ بالقَيْدَيْنِ المذْكورَيْنِ سومِحَ له، وإنْ لم يُتَصَوَّرْ هُنا إجارةٌ ولا جَعالةٌ عَمَلاً باطِّرادِ العُرْفِ بهذِه المُسامَحةِ المُطَّلِع عليها الواقِفونَ والمُنَزَّلةِ مَنْزِلةَ شُروطِهِمْ وحينَئِذٍ صارَ كأنّه حاضِرٌ فاستَحَقَّ المعْلومَ ولَزِمَه ما التزَمَ لنائِبِه ويُؤْخَذُ من قول السُّبْكيِّ القابِلةِ للنِّيابةِ أنّ المُتَفَقِّهَ لا تَجوزُ له الاستِنابةُ حَتَّى عندَ السُّبْكيِّ إذْ لا يُمْكِنُ أحَدًا أنْ يَتَفَقَّهَ عَنه، وبِه جَزَمَ الغزّيُّ قال غيرُه وهو واضِحٌ والكلامُ كُلُّه في غيرِ وقْفِ الأتْراكِ لما مَرَّ فيها.

(وإنْ قَصَدَ) المُشارِكُ (العمَلَ للْمالِكِ) يَعْني المُلْتَزِمُ بجُعْلٍ أو دونَه أو لنَفْسِه أو للْجَميعِ أو لاثْنَيْنِ مِنهم أو لم يَقْصِدْ شَيْئًا (فللأوّل قِسْطُه) إنْ شارَكَه من أوّلِ العمَلِ وهو نِصْفُ الجُعْل إنْ قَصَدَ نَفْسَه أو المُلْتَزِمَ أو هُما أو أطْلَقَ وثَلاثةُ أرباعِه إنْ قَصَدَ نَفْسَه والعامِلَ أو العامِلَ والمُلْتَزِمَ وثُلُثاه إنْ قَصَدَ

ولا شَيْءَ للمُشارِكِ بحالٍ، ولِكُلٍّ منهما الفسْخُ قبلَ تَمامِ العمَلِ. فإنْ فَسَخَ قبلَ الشُّروعِ أو فَسَخَ العامِلُ بعد الشُّروعِ فلا شَيْءَ له. وإنْ فَسَخَ المالِكُ بعد الشُّروعِ فَعليه أُجْرةُ المِثْلِ في الأَصَحِّ، ....

الجميعَ (ولا شَيْءَ للمُشارِكِ بحالٍ). أيْ في حالٍ مِمّا ذُكِرَ لتَبَرُّعِه (ولِكُلٍّ مِنهُما) أي الجاعِلِ والعامِلِ (الفسْخُ قَبْلَ تَمامِ العمَلِ)؛ لأنَّه عَقْدٌ جائِزٌ من جِهةِ الجاعِلِ لتَعَلُّقِ الاستِحْقاقِ فيها بشَرْطٍ كالوصيَّةِ والعامِلِ؛ لأنّ العمَلَ فيها مَجهولٌ كالقِراضِ والمُرادُ بفَسْخِ العامِلِ، ، رَدُّه لما مَرَّ أنّه لا يُشْتَرَطُ قَبولُه ثم هو قَبْلَ العمَلِ لا يَتَأتَّى إلاّ في المُعَيَّنِ وخَرَجَ بقَبْلِ تَمامِه بَعْدَه فلا أثَرَ للْفَسْخِ حينَئِذٍ؛ لأنّ الجُعْلَ قد لَزِمَ واستَقَرَّ (فإنْ فُسِخَ) من المالِكِ أو المُلْتَزِمِ أو العامِلِ المُعَيَّنِ القابِلِ للْعَقْدِ وقد عَلِمَ العامِلُ الذي لم يُفْسَخْ بفَسْخِ الجاعِلِ أو أعْلَنَ الجاعِلُ بالفسْخِ أيْ أشاعَه والعامِلُ غيرُ مُعَيَّنٍ (قَبْلَ الشُّروعِ) في العمَلِ (أو فسَخَ العامِلُ بَعْدَ الشُّروعِ) فيه (فلا شَيْءَ له)، وإنْ وقَعَ العمَلُ مُسَلَّمًا كأنْ شَرَطَ له جُعْلًا في مُقابَلةِ بناءِ حائِطٍ فبَنَى بعضَه بحَضْرَتِه؛ لأنّه في الأولَى لم يَعْمَلْ شَيْئًا وفي الثّانيةِ فوَّتَ بفَسْخِه غَرَضَ المُلْتَزِمِ باختيارِه ومِنْ ثَمَّ لو كانَ فَسْخُه فيها لأجْلِ زيادةِ الجاعِلِ في العمَلِ قال الإسْنَويُّ أو نَقَصَه من الجُعْلِ انْتَهَى.

وفيه مُشاحةٌ لا من حَيْثُ الحُكْمُ بَيَّنَها شَيْخُنا استَحَقَّ أُجْرةَ المِثْلِ لأنّ الجاعِلَ هو الذي ألْجَأه إلى ذلك أمّا إذا لم يَعْلَم العامِلُ المُعَيَّنُ ولم يُعْلِن المالكُ بالرُّجوعِ فيما إذا كانَ غيرَ مُعَيَّنٍ فإنّه يَسْتَحِقُّ المشْروطَ إذْ لا تَقْصيرَ مِنه بوَجْهٍ واكْتُفيَ بالإعْلانِ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ مع الإيهامِ غيرُه.

(وإنْ فسَخَ المالِكُ) يَعْني المُلْتَزِمَ، ولو بإعْتاقِ المرْدودِ مَثَلًا (بَعْدَ الشُّروعِ) في العمَلِ لم يَسْتَحِقَّ العامِلُ شَيْئًا من المُسَمَّى؛ لأنّه إنّما يَسْتَحِقُّ المُسَمَّى بالفراغِ من العمَلِ فكَذا بعضُه وحينَئِذٍ (فعليه أُجْرةُ المِثْلِ) لما مَضَى (في الأصَحِّ) لاحتِرامِ عَمَلِ العامِلِ فلم يُفَوِّتْ عليه بفَسْخِ غيرِه ورَجَعَ ببَدَلِه كإجارةٍ فُسِخَتْ بعَيْبٍ، ولو حَصَلَ بما مَضَى من العمَلِ بعضُ المقْصودِ كإنْ عَلَّمْت ابني القُرْآنَ فلَكَ كَذا ثم مَنَعَه الأبُ من تَمامِ التَّعْليمِ ومِثْلُه ما لو مَنَعَ المالِكُ مالَه من أنْ يُتِمَّ العامِلُ العمَلَ فيه فتَلْزَمُه أُجْرةُ مِثْلِ ما عَمِلَه فيهما لأنّ مَنْعَه فسْخٌ أو كالفسْخِ وقد تَقَرَّرَ أنّ فسْخَ المُلْتَزِمِ يوجِبُ أُجْرةَ المِثْلِ للْماضي وبِهَذا يَتَّضِحُ رَدُّ قولِ الأذْرَعيِّ أنّه يَسْتَحِقُّ القِسْطَ من الجُعْلِ واستَشْكَلَ وُجوبُ أُجْرةِ المِثْلِ الذي في المتْنِ بقولِهِمْ إذا ماتَ أحَدُهُما أثْناءَ العمَلِ انْفَسَخَ واستَحَقَّ القِسْطَ من المُسَمَّى أيْ إنْ رَدَّ العامِلُ لوارِثِ المالِكِ أو وارِثُ العامِلِ للْمالِكِ وإلاّ فأيُّ فرْقٍ بَيْنَ الفسْخِ والانْفِساخِ ويُفَرَّقُ بأنّ الفسْخَ أقْوَى فكأنّه إعْدامٌ للْعَقْدِ مع آثارِه فرَجَعَ لبَدَلِه وهو أُجْرةُ المِثْلِ بخِلافِ الانْفِساخِ فإنّه لَمّا لم يَكُنْ كَذلك صارَ العقْدُ كأنّه لم يُرْفَعْ به فوَجَبَ القِسْطُ ثم رَأيْت شارِحًا فرَّقَ بأنّ العامِلَ في الانْفِساخِ تَمَّمَ العمَلَ بَعْدَه ولم يَمْنَعْه المالِكُ مِنْه بخِلافِه في الفسْخِ وفيه نَظَرٌ إذْ لا أثَرَ له في الفرْقِ بَيْنَ خصوصِ الوُجوبِ من المُسَمَّى تارةً ومِنْ أُجْرةِ المِثْلِ أُخْرَى كما هو واضِحٌ للْمُتَأمِّلِ ثم رَأيْت شَيْخَنا أجابَ بما

وللمالِكِ أنْ يَزيدَ ويَنْقُصَ في الجُعْلِ قبلَ الفراغِ وفائِدَتُه بعد الشُّروعِ وُجوبُ أُجرةِ المِثْلِ. ولو ماتَ الآبِقُ في بعضِ الطّريقِ أو هَرَبَ فلا شَيْءَ للعامِلِ ....

أجابَ به هَذا الشّارِحُ وقد عَلِمْت ما فيه، (ولِلْمالِكِ) يَعْني المُلْتَزِمَ (أنْ يَزيدَ ويَنْقِصَ في) العمَلِ وفي (الجُعْلِ) وأنْ يُغَيِّرَ جِنْسَه (قَبْلَ الفراغِ) سَواءٌ ما قَبْلَ الشُّروعِ وما بَعْدَه كالثَّمَنِ في زَمَنِ الخيارِ (وفائِدَتُه) إذا وقَعَ التَّغْييرُ (بَعْدَ الشُّروعِ) في العَمَلِ مُطْلَقًا أو قَبْلَه وعَمِلَ جاهلاً بذلك ثم أتَمَّ العمَلَ (وُجوبُ أُجرةِ المِثْلِ) لجَميعِ عَمَله ومَحَلُّ قولِهِمْ لو عَمِلَ بَعْدَ الفسْخِ لا شَيْءَ له حَيْثُ كانَ الفسْخُ بلا بَدَلٍ وذلك لأنّ النِّداءَ الأخيرَ فسْخٌ للأوّل والفسْخُ من المُلْتَزِمِ أثْناءَ العَمَلِ يَقْتَضي الرُّجوعَ إلى أُجرةِ المِثْلِ نَعَمْ بَحَثَ ابنُ الرِّفْعةِ أنّه يَسْتَحِقُّ لما عَمِلَ جاهلاً قَبْلَ النِّداءِ الثّاني ما يُقابِلُه من الجُعْلِ الأوّلِ؛ لأنّ العقْدَ الأوّلَ باقٍ لم يَنْفَسِخْ وفيه نَظَرٌ وقولُ المتْنِ فعليه أُجْرةُ المِثْلِ في الأصَحِّ يَرُدُّه لما تَقَرَّرَ أنّ النِّداءَ الأخيرَ فسْخٌ للأوّلِ وأنّ الفسْخَ يوجِبُ أُجرةَ المِثْلِ فانْدَفَعَ قولُه أنّ العقْدَ الأوّلَ باقٍ لم يَنْفَسِخْ وأُلْحِقَ بذلك فسْخُه بالتَّغْييرِ قَبْلَ العمَلِ المذْكورِ فإنْ عَمِلَ في هَذِه عالمًا بذلك فلَه المُسَمَّى الثّاني.

(تَنْبيهٌ) ما اقْتَضاه المتْنُ من أنّه لو لم يَعْلَم بالتَّغْييرِ قَبْلَ الشُّروعِ فيما إذا كانَ العامِلُ مُعَيَّنًا ولم يُعْلِنْ به المُلْتَزِمُ فيما إذا كانَ غيرَ مُعَيَّنٍ من أنّ له أُجْرةَ المِثْلِ هو ما بَحَثَه في الوسيطِ واقْتَضاه كَلامُ الرَّوْضةِ وأصْلِها أيْضًا وقال الماوَرْديُّ والرّويانيُّ يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ الأوّلَ وأقَرَّه جَمْعٌ مُتَأخِّرونَ والذي يَتَّجِه الأوّلُ فإنْ قُلْت عُلِمَ مِمّا تَقَرَّرَ أنّه لو عَلِمَ بالثّاني قَبْلَ الشُّروعِ استَحَقَّه أو في الأثْناءِ لم يَسْتَحِقَّ من الثّاني شَيْئًا وكانَ القِياسُ أنّه يَسْتَحِقُّ مِنه قِسْطَ عَمَله بَعْدَه قُلْت يُفَرَّقُ بأنّه قَبْلَ الشُّروعِ لم يَلْتَزِمْ شَيْئًا فأُديرَ الأمْرُ على الثّاني وبَعْدَه التَزَمَ حُكْمَ الأوّلِ فوَجَبَ له مُسَمّاه إنْ سَلِمَ من الفسْخِ وإلاّ فأُجْرةُ المِثْلِ ولا نَظَرَ للثّاني لأنّه وقَعَ به الفسْخُ لا غيرُ.

(ولو ماتَ الآبِقُ) أو تَلِفَ المرْدودُ (في بعضِ الطّريقِ) أو ماتَ المالكُ قَبْلَ تَسَلُّمِه (أو هَرَبَ) كَذلك أو غُصِبَ كَذلك أو خاطَ نِصْفَ الثّوْبِ فاحتَرَقَ أو بَنَى بعضَ الحائِطِ فانْهَدَمَ، ولو بلا تَفْريطٍ من الباني أو لم يَتَعَلَّم الصّبيُّ لبَلادَتِه (فلا شَيْءَ للعامِلِ) لتَعَلُّقِ الاستِحْقاقِ بالرّدِّ أو الحُصول ولم يوجَدْ وإنّما استَحَقَّ أجيرٌ لحَجٍّ ماتَ أثْناءَه قِسْطَ ما عَمِلَ لانْتِفاعِ المحْجوجِ عَنْه بثَوابِ ما عَمِلَه، ولو لم يَجِد المالكُ ولا وكيلُه سَلَّمَه للحاكِمِ فإنْ فُقِدَ أشْهَدَ واستَحَقَّ أيْ وإنْ ماتَ أو هَرَبَ بَعْدَ ذلك ويَجْري ذلك في تَلَفِ سائِرِ مَحالِّ الأعْمالِ ومَحَلُّه في غيرِ الأخيرةِ أعْني عَدَمَ تَعَلُّمِ الصّبيِّ كما استُفيدَ من المتْنِ وغيرِه حَيْثُ لم يَقَع العمَلُ مُسَلَّمًا للمالكِ فإنْ وقَعَ مُسَلَّمًا له وظَهَرَ أثَرُه على المحَلِّ كأنْ ماتَ صَبيٌّ حُرٌّ أثْناءَ التَّعْليمِ استَحَقَّ أُجْرةَ ما مَضَى من المُسَمَّى لما تَقَرَّرَ أنّ العمَلَ وقَعَ مُسَلَّمًا بالتَّعْليمِ مع ظُهورِ أثَرِ العمَلِ على المحَلِّ بخِلافِ رَدِّ الآبِقِ إذا هَرَبَ من الأثْناءِ وكَذا الإجارةُ ومِنْ ثَمَّ لو نُهِبَ الحِمْلُ أو غَرِقَ أثْناءَ الطّريقِ لم يَجِب القِسْطُ؛ لأنّ الحِمْلَ لم يَقَعْ مُسَلَّمًا للمالِكِ ولا ظَهَرَ أثَرُه على المحَلِّ بخِلافِ ما إذا ماتَتِ الدّابّةُ أو نُهِبَتْ والمالكُ حاضِرٌ أمّا القِنُّ فيُشْتَرَطُ تَسْليمُه للسَّيِّدِ أو وُقوعُ التَّعْليمِ

وإذا رَدَّه فَليس له حَبْسُه لِقَبْضِ الجُعْلِ ويُصَدَّقُ المالِكُ إذا أنْكَرَ شَرْطَ الجُعْلِ أو سَعْيَه في رَدِّهِ. فإن اخْتَلَفا في قدرِ الجُعْلِ تَحالَفا.

بحَضْرَتِه أو في مِلْكِه (وإذا رَدَّه فلَيسَ له حَبْسُه لقَبْضِ الجُعْل)؛ لأنّه إنّما يُسْتَحَقُّ بالتَّسْليمِ ولا حَبْسَ قَبْلَ الاستِحْقاقِ وعُلِمَ مِنه بالأولَى أنّه لا يَحْبِسُه أيْضًا لما أنْفَقَه عليه بالإذْنِ.

(ويُصَدَّقُ) بيَمينِه الجاعِلُ سَواءٌ (المالكُ) وغيرُه (إذا أنْكَرَ شَرْطَ الجُعْل أو سَعْيَه) أي العامِلِ (في رَدِّه)؛ لأنّ الأصْلَ عَدَمُ الشَّرْطِ والرّدِّ، والرّادُّ في أنّه بَلَغَه النِّداءُ أو سَمِعَه، (فإن اختَلَفا) أي الجاعِلُ والعامِلُ بَعْدَ الاستِحْقاقِ (في) نَحْوِ (قدرِ الجُعْل) أو جِنْسِه أو في قدرِ العمَلِ بَعْدَ الفراغِ وكَذا بَعْدَ الشُّروعِ إنْ قُلْنا له قِسْطُ المُسَمَّى (تحالَفا) نَظيرُ ما مَرَّ في البيْعِ ولِلْعامِلِ أُجْرةُ المِثْلِ.

(خاتِمةٌ) تَرَدَّدَ الرّافِعيُّ في مُؤْنةِ المرْدودِ وفي الرّوْضةِ عَنِ ابنِ كَجٍّ أنّه إذا أنْفَقَ عليه الرّادُّ فهو مُتَبَرِّعٌ عندَنا أيْ إنْ كانَ بغيرِ إذْنٍ مُعْتَبَرٍ مع عَدَمِ نيّةِ الرُّجوعِ بشَرْطِه نَظيرُ ما مَرَّ في هَرَبِ الجِمال وبِذلك يُعْلَمُ أنّ مُؤْنَتَه على المالِكِ حَيْثُ لا مُتَبَرِّعَ، ولو أُكْرِهَ مُسْتَحِقٌّ على عَدَمِ مُباشَرةِ وظيفَتِه استَحَقَّ المعْلومَ كما أفْتَى به التّاجُ الفزاريّ واعْتِراضُ الزّرْكَشيّ له بأنّه لم يُباشِرْ ما شَرَطَ عليه فكيف يَسْتَحِقُّ حينَئِذٍ يُجابُ عَنه بأنّ هَذا مُسْتَثْنًى شَرْعًا وعُرْفًا من تَناوُل الشّرْطِ له لعُذْرِه.

ونَظيرُ ذلك فيما يَظْهَرُ مُدَرِّسٌ يَحْضُرُ مَوْضِعَ الدّرْسِ ولا يَحْضُرُ أحَدٌ من الطّلَبةِ أو يَعْلَمُ أنّه لو حَضَرَ لا يَحْضُرونَ بل قد يُقالُ بالجزْمِ بالاستِحْقاقِ هُنا؛ لأنّ المُكْرَهَ تُمْكِنُه الاستِنابةُ فيَحْصُلُ غَرَضُ الواقِفِ بخِلافِ المُدَرِّسِ فيما ذُكِرَ نَعَمْ إنْ أمْكَنَه إعْلامُ النّاظِرِ بهِمْ وعلى أنّه يُجْبِرُهم على الحُضورِ فالظّاهِرُ وُجوبُه عليه؛ لأنّه من بابِ الأمْرِ بالمعْروفِ ثم رَأيْت أبا زُرْعةَ ذكَرَ ما ذكَرْته وجَعَلَه أصْلاً مَقيسًا عليه وهو أنّ الإمامَ أو المُدَرِّسَ لو حَضَرَ ولم يَحْضُرْ أحَدٌ استَحَقَّ؛ لأنّ قَصْدَ المُصَلّي والمُتَعَلِّمِ لَيْسَ في وُسْعِه وإنّما عليه الانْتِصابُ لذلك وأفْتَى أيْضًا فيمَنْ شَرَطَ الواقِفُ قَطْعَه عَنْ وظيفَتِه إنْ غابَ فغابَ لعُذْرٍ كَخَوْفِ طَريقٍ بأنّه لا يَسْقُطُ حَقُّه بغَيْبَتِه قال ولذلك شَواهِدُ كَثيرةٌ وأفْتَى بعضُهم بحِلِّ النُّزول عَنِ الوظائِفِ بالمال أيْ؛ لأنّه من أقْسامِ الجعالةِ فيَسْتَحِقُّه النّازِلُ ويَسْقُطُ حَقُّه، وإنْ لم يُقَرِّر النّاظِرُ المنْزولَ؛ لأنّه بالخيارِ بَيْنَه وبَيْنَ غيرِه واللّه أعْلَمُ .



بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الفرائِضِ

يُبْدأُ من تَرِكةِ الميِّتِ ....

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ الفرائِضِ

أي مسائلِ قِسمةِ المواريثِ جمعُ فريضةٍ بمعنى مفروضةٍ من الفرضِ بمعنى التقديرِ فهي هنا شرعًا نصيبٌ مُقَدَّرٌ للوارِثِ غلبتْ على غيرِها لِفَضْلِها بتقديرِ الشَّارِعِ لها ولِكثْرَتِها ووَرَدَ الحثُّ على تعلُّمِه وتعليمِه في خبرٍ ضعيفٍ «تعلَّموا الفرائِضَ وعَلِّموه فإنّه نصفُ العلم»[1] أي صِنْفٌ منه أو لِتعلُّقِه بالموت المُقابِلِ للحياةِ «وهو يُنْسَى وهو أوّلُ علم يُنزَعُ من أُمّتي» أي بموت أهلِه وصَحَّ «تعلَّموا الفرائِضَ وعَلِّموه فإنِّي امرُؤٌ مقبوضٌ وإنّ العلمَ سيُقبَضُ وتَظْهَرُ الفِتَنُ حتى يختلفَ اثنانِ في الفريضةِ فلا يَجِدانِ مَنْ يقضي بها»[2] وصَحَّ أيضًا «ألحِقوا الفرائِضَ بأهلِها فما بَقِيَ فلأولى»[3] - أي أقرَبِ - «رجلٍ ذكرٍ» وفائِدةُ ذِكْرِه بَيانُ أنّ الرَّجُلَ يُطْلَقُ بإزاءِ المرأةِ فيَعُمُّ وبإزاءِ الصَّبيِّ فيَخُصُّ البالِغَ وقيلَ غيرُ ذلك مِمّا فيه تَكلُّفٌ ظاهرٌ وهو مُتَوَقِّفٌ على علم الفتوَى والنَّسَبِ والحِسابِ.

(يُبْدَأُ) وجوبًا (من تَرِكةِ الميِّت) وهي ما يُخَلِّفُ من حَقٍّ كخيارٍ وحَدِّ قذفٍ أو اختصاصٍ أو مالٍ كخمرٍ تَخَلَّلَتْ بعدَ موته وديةٍ أُخِذَتْ من قاتِله لِدخولِها في ملكِه وكذا ما وقَعَ بشَبَكةٍ نصَبَها في حياته على ما قاله الزّركشيُّ وفيه نَظَرٌ لانتقالِها بعدَ الموت للورثةِ فالواقعُ بها من زَوائِدِ التَّرِكةِ وهي ملكُهم إلا أنْ يُجابَ بأنّ سبَبَ الملكِ نصْبُه لِلشَّبَكةِ لا هي وإذا استَنَدَ الملكُ لِفعلِه يكونُ تَرِكةً.

(تنبيهٌ) أفتى بعضُهم فيمَنْ عاشَ بعدَ موته مُعْجِزةً لِنَبيٍّ بأنّه يتبَيَّنُ بَقاءُ ملكِه لِتَركته وفيه نَظَرٌ ظاهرٌ إلا أنْ يُحْمَلَ على أنّه بالإحياءِ بانَ أنّه لم يَمُتْ وذلك خلافُ الفرضِ في سُؤالِه إذْ لا توجَدُ المُعْجِزةُ

---

(١) [ضعيف] وتمامه: (وَهُوَ يُنْسَى، وَهُوَ أَوَّلُ شَيْءٍ يُنْزَعُ مِنْ أُمَّتِي). أخرجه: ابن ماجه [رقم/ ٢٧١٩]، والدارقطني في (سننه) [٤/ ٦٧]، والبيهقي في (السنن الكبرى) [٦/ ٢٠٨]، وغيرهم من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه.

قلتُ: حديث ضعيف. وينظر: (ضعيف الجامع) للألباني [رقم/ ٢٤٥٠].

(٢) [ضعيف] أخرجه: النسائي في (السنن الكبرى) [رقم/ ٦٣٠٥]، والحاكم في (المستدرك على الصحيحين) [٤/ ٣٦٩]، والبيهقي في (السنن الكبرى) [٦/ ٢٠٨]، وغيرهم من حديث: عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

قلتُ: ضعيف. وينظر: (إرواء الغليل) للألباني [رقم/ ١٦٦٤].

(٣) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٦٣٥١]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٦١٥]، وغيرهما من حديث: رضي الله عنهما ابن عباس.

بمُؤْنةِ تَجهيزِه ثم تُقْضَى دُيونُه ثم وصاياه من ثُلُثِ الباقي، ثم يُقْسَمُ الباقي بين الورَثةِ.
قُلْتُ: فإنْ تَعَلَّقَ بعَيْنِ التَّرِكةِ حَقٌّ كالزَّكاةِ ....

إلا بعدَ تَحَقُّقِ الموت عندَ تَحقُّقِه ينتَقِلُ الملكُ للوارِثِ إجماعًا فإذا وُجِدَ الإحياءُ كانت هذه حياةً جَديدةً مُبْتَدَأةً بلا تَبَيُّنِ عَوْدِ ملكٍ ويلزمُه أنّ نِساءَه لو تزَوَّجنَ أنْ تَعُدْنَ إليه وليس كذلك بل يبقى نِكاحُهُنّ لِما تقرّر والحاصِلُ أنّ زَوالَ الملكِ والعِصْمةِ مُحَقَّقٌ وعَوْدُه مَشْكوكٌ فيه فيُستصحَبُ زَوالُه حتى يَثبُتَ ما يَدُلُّ على العودِ.

ولم يَثبُتْ فيه شيءٌ فوَجَبَ البقاءُ مع الأصلِ وفي شرحِ الإرشادِ الصّغيرِ في الصّداقِ حكمُ الممسوخِ حيوانًا أو جَمادًا بالنّسبةِ لِمُخَلِّفِه فراجِعْه (بمُؤْنةِ تجهيزِه) من نحوِ كفَنٍ وحَنوطٍ وماءٍ وأُجْرةِ غُسلٍ وحملٍ وحفرٍ حيثُ لا زوجَ أو لا مُؤْنةَ عليه لِنُشوزٍ ثمّ تجهيزِ مُمَوَّنِه بما يَليقُ بهما عُرْفًا الآنَ يُسرًا وعُسرًا، وإنْ خالف حالُهما في الحياةِ وفي اجتماعِ مُمَوَّنَين له كلامٌ لي في شرحِ الإرشادِ (ثمّ) بعدَ مُؤْنةِ التّجْهيزِ (تُقْضى دُيونُه) مُقَدَّمًا منها دَيْنُ اللّه تعالى كزكاةٍ وكفّارةٍ وحَجٍّ على دَينِ الآدَميِّ (ثمّ) بعدَ الدّين، وإنْ كان إنّما ثَبَتَ بإقرارِ الوارِثِ بعدَ ثُبوت الوصيّةِ أو قبلها كما عُلِمَ مِمّا نَقَلاه عن الصّيْدَلانيِّ ومن غيره (تُنَفَّذُ وصاياه) وما أُلْحِقَ بها مِمّا يأتي فهي مُتأخّرةٌ عن الدّين وعكسُه في الآيةِ الذي شَذَّ به أبو ثَوْرٍ لِحَثِّ الورثةِ على المُبادَرةِ بإخراجِها لِتَوانيهم عنه غالبًا (من) لِلابتداءِ فتَدْخُلُ الوصيّةُ بالثُّلُثِ أيضًا (ثُلُثِ الباقي) بعدَ الدّين إنْ أُخِذَ كما هو الغالِبُ وبَقِيَ بعدَه شيءٌ فلا يقتضي عدمَ نُفوذِها إذا استُغْرِقَ.

فلو أبرَأ أو تبَرَّعَ أحدٌ بوَفائِه بانَ نُفوذُها ونَقَلَ الشيخانِ في الإقرارِ عن الأكثرين صورةً يتساوَى فيها الدّيْنُ والوصيّةُ وصورةً تُقَدَّمُ فيها الوصيّةُ وبَيَّنْت ما في ذلك في خُطْبةِ شرحِ العُبابِ بما يَتعيَّنُ الوُقوفُ عليه قال بعضُهم ووجوبُ التّرتيبِ فيما ذُكِرَ إنّما هو عندَ المُزاحمةِ فلو دَفَع الوصيُّ مثلًا مِائةً لِلدّائِنِ ومِائةً للموصَى له ومِائةً للوارِثِ مَعًا لم يَتَّجِهْ إلا الصِّحّةُ أي والحِلُّ ويوَجَّه بأنّه حينئذٍ لم يُقارِن الدفعَ مانِعٌ ونظيرُه مَنْ عليه حَجّةُ الإسلام وغيرُها فإنّهم صرحوا بوجوبِ التّرتيبِ بينهما قالوا والمُرادُ به أنْ لا يتقدَّمَ على حَجّةِ الإسلام غيرُها لا أنْ يُقارِنَها غيرُها ومَرَّ آخِرَ الرّهْنِ حكمُ ما لو غابَ الدّائِنُ (ثمّ يُقَسَّمُ الباقي) عنها (بين الورثةِ) على ما يأتي يعني أنّهم يتسلَّطون على التّصرُّفِ حينئذٍ وإلا فالدّيْنُ لا يمنعُ الإرثَ ومن ثَمَّ فازوا بزوائِدِ التّركةِ كما مَرَّ وسيُعْلَمُ مِمّا يأتي في الوصيّةِ أنّه بقَبولِها سواءٌ المُعَيّنةُ كهذا وغيرُها كالثُّلُثِ يتبَيَّنُ ملكُها بالموت فهي مانِعةٌ له حينئذٍ في عَينِ الأوّلِ وثُلُثِ الثاني شائِعًا لا قبله؛ لأنّ الأمرَ فيه موقوفٌ وما يُتَوَهَّمُ من بعضِ العبارات من الفرقِ بين المُعَيّنةِ والمُطْلَقة إنّما هو من جِهةِ الخلافِ لا غيرُ، (قُلْت) مَحَلُّ تأخُّرِ الدّين عن مُؤَنِ التّجْهيزِ إذا لم يَتعلَّقْ بعَين التّرِكةِ حَقٌّ (فإنْ تعلَّقَ بعَين التّرِكةِ حَقٌّ) بغيرِ حَجْرٍ في الحياةِ قُدِّمَ (كالزّكاةِ) الواجبةِ فيها قبلَ موته، وإنْ كانت من غيرِ الجنسِ فتُقَدَّمُ على مُؤْنةِ التّجْهيزِ بل على سائِرِ الحُقوقِ المُتعلِّقة بالتّرِكةِ لِما مَرَّ أنّ تعلُّقَها تعلُّقُ شَرِكةٍ

والجاني والمرْهونِ والمبيعِ إذا ماتَ المُشْتَري مُفْلِسًا قُدِّمَ على مُؤْنةِ تَجْهيزِه، واللّٰه أَعْلمُ.
وأسْبابُ الإرْثِ أرْبَعةٌ: قَرابةٌ، ....

غيرِ حَقيقيّةٍ لِجوازِ الأداءِ من غيرِها فكانت التّركةُ كالمرْهونةِ بها، ولو تَلِفَ النّصابُ بعدَ التّمكُّنِ إلا قدرَ الزّكاةِ كشاةٍ من أربعين مات عنها فقط لم يُقَدَّم إلا رُبُعَ عُشْرِها على الأوجه ويوَجّه بأنّ حَقَّ الفُقَراءِ من التّالِفِ دُيونٌ مُرْسَلةٌ فتُؤَخَّرُ لِما تقرّر أنّ الكلامَ في زكاةٍ مُتعلِّقة بعَيْنٍ موجودةٍ (والجاني) هو كما بعدَه أمثِلةٌ لِلتّركةِ المُتعلِّقِ بها حَقٌّ فما قبله إمّا على ظاهرِه أنّه مِثالٌ للحَقِّ كما مَرَّ ففيه توزيعٌ وإمّا مُرادٌ به المالُ الزّكويُّ فإذا تعلّقَ أرشُ الجنايةِ برقَبَته، ولو بالعفوِ عن قوَدِه قُدِّمَ المجنيُّ عليه بأقَلِّ الأمرَين من الأرشِ وقيمةِ الجاني حتى عن المُرْتَهِنِ لانحِصارِ تعلُّقِها في الرّقَبةِ فلو قُدِّمَ غيرُها فاتَتْ والرّهْنُ يَتعلّقُ بالذّمّةِ أيضًا أمّا إذا تعلّقَ برقَبَته قوَدٌ أو بذِمّته مالٌ فلا يُمْنَعُ تَصرُّفُ الوارِثِ فيه.

(والمرْهونُ) رَهْنًا جُعْليًّا، وإنْ حُجِرَ على الرّاهِنِ بعده أو آثَرَ به بعضَ غُرَمائِه في مَرَضِ موته إنْ أقبَضَه له دون وارِثِه على الأوجَه فيُقَدَّمُ حَقُّه على مُؤَنِ التّجْهيزِ وألْحَقَ بعضُهم بالمرْهونِ حَجّةَ الإسلامِ إذا مات وقد استَقَرَّتْ في ذِمّته لِتعلُّقِها بعَين التّركةِ حينئذٍ قال فلا يصِحُّ تَصرُّفُ الورثةِ في شيءٍ منها حتى يَفْرُغَ الحاجُّ عنه من جميعِ أعمالِ الحجِّ إلا لِضَرورةٍ كأنْ خيفَ تَلَفُ شيءٍ منها إنْ لم يُبادِرْ إلى بيعِه اهـ وقولُه: لِتعلُّقِها إلى آخِرِه يحتاجُ لِسَنَدٍ بل تأخيرُ الحجِّ عن مُؤَنِ التّجْهيزِ الذي مَرَّ يَرُدُّه وأيُّ فرقٍ بينها وبين نحوِ زكاةٍ في الذّمّةِ وكأنّه فهِمَ أنّ المُرادَ بالتّعلُّقِ بالعين وجوبُ المُبادَرةِ فوْرًا إلى إخراجِه وليس كذلك كما هو معلومٌ من مُثُلِهم المذكورةِ ويأتي في تعليلِ تعلُّقِ الغُرَماءِ بمالِه بالحجْرِ ما يوَضِّحُ رَدَّ ما قاله فالاستثناءُ مُنْقَطِعٌ؛ لأنّ البائِعَ لها حينئذٍ الحاكِمُ لا الوارِثُ كما هو ظاهرٌ وبِتَسليمِه يظهرُ جوازُ التّصرُّفِ بمُجَرّدِ فراغِه من التّحلُّلِ الثاني، وإنْ بَقِيَتْ واجباتٌ أخرى؛ لأنّ الدّمَ يقومُ مَقامَها ولأنّه يَصْدُقُ حينئذٍ أنْ يُقال أنّ ذِمّةَ الميِّت بَرِئَتْ من الحجِّ وحيثُ بَرِئَتْ ذِمّتُه منه جازَ التّصرُّفُ لأنّ المنْعَ إنّما كان لِمَصْلَحةِ براءتها (والمبيعُ) بثمنٍ في الذّمّةِ (إذا ماتَ المشتري مُفْلِسًا) بثمنِه ولم يكن هناك مانِعٌ من الفسخِ فيُمَكَّنُ البائِعُ منه ويَفوزُ به حُجِرَ عليه قبلَ موته أم لا ولِكونِ الفسخِ إنّما يرفَعُ العقدَ من حينِه لم يخرُجْ به عن كونِه تَرِكةً فإنْ وُجِدَ مانِعٌ كتعلُّقِ حَقٍّ لازِمٍ به وكتأخيرِ فسخِه بلا عُذْرٍ قُدِّمَ التّجْهيزُ لانتفاءِ التّعلُّقِ بالعين حينئذٍ وإنّما (قُدِّمَ) ذلك الحقُّ في تلكَ الصّوَرِ (على مُؤْنةِ تجهيزِه) إيثارًا للأهَمِّ كما تُقَدَّمُ تلك الحُقوقُ على حَقِّه في الحياةِ (واللّٰه أعلمُ) وخرج بقولي بغيرِ حَجْرٍ تعلُّقُ الغُرَماءِ بمالِه بالحجْرِ فيُقَدَّمُ التّجْهيزُ إنْ تعلّقَ بعَين مالِه قبلَ موته لأنّه لم يخرُجْ عن كونِه مُرْسَلًا في الذّمّةِ، ولو اجتَمعت الزّكاةُ والجنايةُ في عبدِ تجارةٍ فالذي يظهرُ تقديمُ الزّكاةِ لانحِصارِ تعلُّقِ كلٍّ في العين وتَزيدُ الزّكاةُ بأنّ فيها حَقَّين فكانتْ أولى والمُستَثنَيات لا تنحَصِرُ فيما ذُكِرَ وقد بيَّنْت أكثرَها مع فوائِدَ نَفيسةٍ في شرحِ الإرشادِ.

(وأسبابُ الإرثِ أربَعةٌ) مُجْمَعٌ عليها (قرابةٌ) يأتي تفصيلُها نعم، لو اشترى بعضَه في مَرَضِ موته

ونِكاحٌ، ووَلاءٌ، فَيَرِثُ المُعْتِقُ العتيقَ ولا عَكْسَ، والرّابعُ: الإسْلامُ فَتُصْرَفُ التّرِكةُ لِبَيْتِ المالِ إرْثًا إذا لم يَكُنْ وارِثٌ بالأسْبابِ الثّلاثةِ.

والمُجْمَعُ على إرْثِهم مِن الرِّجالِ عَشَرةٌ: الابنُ وابنُه وإنْ سَفَلَ، والأبُ وأبوه وإنْ عَلا، والأخُ وابنُه إلّا مِن الأمِّ، والعمُّ إلّا للأمِّ، وكذا ابنُه والزّوْجُ والمُعْتِقُ.

وَمِن النّساءِ سَبْعٌ: البِنْتُ، وبِنْتُ الابنِ وإنْ سَفَلَ، ....

عَتَقَ عليه ولا يَرِثُ لأداءِ توريثِه إلى عدمِه كما يُعْلَمُ من الدّوْرِ الحكميِّ الآتي في الزوجةِ **(ونِكاحٌ)** صحيحٌ، ولو قبلَ الدُّخولِ نعم، لو أعتَقَ أمةً تُخرَجُ من ثُلُثِه في مَرَضِ موته وتَزَوَّجَ بها لم تَرِثه لِلدَّوْرِ إذْ لو ورِثَتْ لَكان عتقُها وصيّةً لِوارِثٍ فيتوَقَّفُ على إجازةِ الورثةِ وهي منهم وإجازَتُها تَتَوَقَّفُ على سبقِ حُرّيَّتها وهي مُتَوَقِّفة على سبقِ إجازَتها فأدّى إرْثُها لِعدمِ إرْثِها وبه يُعْلَمُ أنّ الكلامَ في غيرِ المُستولَدةِ؛ لأنّ عتقَها.

ولو في مَرَضِ الموت لا يتوَقَّفُ على إجازةِ أحدٍ؛ لأنّ الإجازةَ إنّما تُعْتَبَرُ بعدَ الموت وهي به تعتقُ من رَأسِ المالِ **(وولاءٌ)** ويختصُّ دون سابِقيه بطَرَفٍ **(فيَرِثُ المُعتقُ)** ومَنْ يُدْلي به **(العتيقَ ولا عكسَ)** إجماعًا إلا ما شَذَّ به ابنُ زيادٍ والخبرُ فيه محمولٌ على أنّه أعطاه مَصْلَحةً لا إرْثًا على أنّ البُخاريَّ ضَعَّفَه وقد يتوارَثانِ بأنْ يُعْتقَه حربيٌّ فيستولي على سيِّدِه ثمّ يُعْتقَه أو حربيٌّ أو ذِمّيٌّ فيَرِقَّ فيشتَريَه ويُعْتقَه أو يشتَريَ أبا مُعتقِه ثمّ يُعْتقَه فله على مُعتقِه ولاءُ الانجِرارِ ولا يَرِدُ لأنّه لم يَرِث من حيثُ كونُه عَتيقًا.

(والرّابعُ الإسلامُ) أي جهتَه ومن ثَمَّ جازَ نَقْلُه عن بَلَدِ المالِ على ما اقتضاه كلامُهم وإعطاؤُه لِواحدٍ وبِذلك فارَقَ الزّكاةَ لكن اعتمد غيرُ واحدٍ امتناعَ نَقْلِه كهي وعليه يَجوزُ للإمامِ نَقْلُها **(فتُصرَفُ التركةُ)** أو بعضُها إذا كان الميّتُ مسلمًا **(لِبيت المالِ إرْثًا)** للمسلمين بسببِ العُصوبةِ لأنّهم يعقِلون عنه كأقاربِه **(إذا لم يكن)** له **(وارثٌ بالأسبابِ الثلاثةِ)** المُتَقَدِّمةِ وقيلَ مَصْلَحةٌ كالمالِ الضّائِعِ فعلى الأوّلِ لا يُصْرَفُ منه شيءٌ لِقِنٍّ ولا كافرٍ ولا قاتلٍ نعم، يَجوزُ لِمَنْ له وصيّةٌ ولِمَنْ أعتَقَ أمَّ ولَدٍ أو أسلَمَ بعدَ موته ويوَجَّه بأنّ فيه شائِبةَ إرْثٍ وشائِبةَ مَصْلَحةٍ فغُلِّبَت الأولى في تلك لِقُبْحِها والثانيةُ في هذه لِعدمِه وكان هذا هو سببُ قولِه الرّابعُ لِيُنَبِّهَ به على أنّ بينه وبين الثلاثةِ قبله مُغايرةً فيسألَ عنها أمّا الذِّمّيُّ الذي لا وارِثَ له ومَنْ له أمانٌ نَقَضَه واسترِقَّ ثمّ مات وله مالٌ عندَنا فإنّ مالَهما يُصْرَفُ لِبيت المالِ فيْئًا.

(والمُجمَعُ على إرْثِهم من الرِّجالِ) أي الذُّكورِ **(عَشَرةٌ)** بطَريقِ الاختصارِ وخمسةَ عَشَرَ بالبسطِ **(الابنُ وابنُه، وإنْ سفلَ والأبُ وأبوه، وإنْ عَلا والأخُ)** مُطْلَقًا **(وابنُه إلا من الأمِّ والعمُّ)** للمَيِّت وأبيه وجَدِّه **(إلا للأمِّ وكذا ابنُه والزوجُ والمُعتقُ)** ومَنْ يُدْلي به في حكمِه **(ومن النّساءِ سبعٌ)** بالاختصارِ وبالبسطِ عَشْرٌ **(البنتُ وبنتُ الابنِ، وإنْ سفَلَ)** عدلَ عن قولِ أصلِه سفلَتْ، وإنْ وافَقَ الأكثرُ في عَوْدِ

والأُمُّ، والجدّةُ والأُخْتُ، والزَّوْجةُ والمُعْتِقةُ، فَلَو اجْتَمع كُلُّ الرِّجالِ ورِثَ الأبُ والابنُ والزَّوْجُ فَقَطْ، أو كُلُّ النِّساءِ فالبِنْتُ، وبِنْتُ الابنِ والأُمُّ، والأُخْتُ للأَبَوَيْنِ والزَّوْجةُ، أو الذينَ يُمكِنُ اجْتِماعُهم مِن الصِّنْفَيْنِ فالأَبَوانِ والابنُ والبِنْتُ وأَحَدُ الزَّوْجَيْنِ، ولو فُقِدوا كُلُّهم فأَصْلُ المذْهَبِ أنّه لا يورَثُ ذَوو الأرحامِ ....

الضَّميرِ على المُضافِ لإيهامِه أنّ بنتَ بنت الابنِ وارِثةٌ (والأمُّ والجدّةُ) من الجهتَين بشرطِ إدْلائِها بوارِثٍ (والأختُ) لأبوَين أو لأبٍ أو لأمٍّ (والزوجةُ) الأفصح زوجٌ لَكِنّهم آثروا المرْجوحَ لِلاحتياجِ لِلتَّمْييزِ هنا (والمُعتقة) ومَنْ يُدْلي بها في حكمِها.

(ولو اجتَمع كلُّ الرِّجالِ) ويلزمُ منه كونُ الميِّت أنثى (ورِثَ الأبُ والابنُ والزوجُ فقط)؛ لأنّ مَنْ بَقِيَ محجوبٌ بغيرِ الزوجِ إجماعًا ويصحُّ أصلُها من اثنَيْ عَشَرَ (أو) اجتَمع (كلُّ النّساءِ) ويلزمُ كونُ الميِّت ذكرًا (ف) الوارِثُ هو (البنتُ وبنتُ الابنِ والأمُّ والأختُ للأبوَين والزوجةُ) لأنّ غيرَهُنّ محجوبٌ بغيرِ الزوجةِ ويصحُّ أصلُها من أربَعةٍ وعِشْرين.

(أو) اجتَمع كلٌّ من (الذين يُمكِنُ اجتماعُهم من الصِّنفَين ف) الوارِثُ هو (الأبوانِ والابنُ والبنتُ) لم يَقُل الابنانِ مُغَلِّبًا كالذي قبله لإيهامِ هذا دون ذاك لِشهرته فاندَفع ما لِلزَّرْكشيِّ هنا (وأحدُ الزوجَين) لِحَجْبهم مَنْ عداهم ثمّ هي والميِّتُ ذكرٌ من أربَعةٍ وعِشْرين وتَصِحُّ من اثنين وسَبْعين أو وهو أنثى من اثنَيْ عَشَرَ وتَصِحُّ من ستّةٍ وثلاثين وأفْهَمَ قولُه يُمْكِنُ استحالةُ اجتماعِ الزوجِ والزوجةِ على مَيِّتٍ واحِدٍ نعم، لو أقامَ رجلٌ بَيِّنةً على مَيِّتٍ مَلْفوفٍ في كفَنٍ أنّه امرَأتُه وهَؤُلاءِ أولادُه منها وأقامت امرَأةٌ بَيِّنةً أنّها زوجَتُه وهَؤُلاءِ أولادُها منه فكشَفَ عنه فإذا هو خُنْثَى له الآلَتانِ إذْ هو الذي يُمْكِنُ اتِّضاحُه وإشكالُه وأمّا مَنْ له ثُقْبةٌ فهو مُشْكِلٌ أبدًا فلا يصحُّ نِكاحُه ولا يُعْمَلُ بواحدةٍ من البيِّنتَين فعن النَّصِّ يُقَسَّمُ المالُ بينهما وعليه يُمْكِنُ اجتماعُ الكلِّ.

وحينئذٍ مَنْ لا يختلفُ نصيبُه كالأبوَين حكمُه واضِحٌ وهو أنّ لهما السُّدُسين ومَنْ يختلفُ كالزوجَين حكمُه أنّ الزوجةَ تُنازِعُ الزوجَ في ثُمُنٍ فيُقَسَّمُ بينهما وأولادُها يُنازِعونَه في ثُمُنٍ فيُقَسَّمُ بينهما فيُعْطَى الثُّمُنَ وهي نصفَ الثُّمُنِ ويُقَسَّمُ الباقي بين الأولادِ من الجانِبَين لِلذَّكرِ مثلُ حَظِّ الأنثيين ووقع لِشارِحٍ هنا ما يُخالِفُ ذلك فاجتَنِبْه، وإنْ أمكنَ تأويلُه وقال الأستاذُ أبو طاهرٍ بَيِّنةُ الرَّجلِ أولى لأنّ الوِلادةَ صَحَّتْ من طَريقِ المُشاهَدةِ والإلحاقُ بالأبِ أمرٌ حكميٌّ والمُشاهَدةُ أقوى وهو وجيهٌ مُدْرَكًا ثمّ رأيت البُلْقينيَّ قال أنّه الأرجَحُ وأنّ الأوّلَ مُفَرَّعٌ على ضعيفٍ هو استعمالُ البيِّنتَين عندَ التّعارُضِ ا هـ.

على أنّهم قالوا إنّ هذا النّصَّ غَريبٌ نَقْلًا، (ولو فُقِدوا) أي الورثةُ (كلُّهم فأصلُ المذهبِ أنّه لا يوَرَّثُ ذَوو الأرحامِ) الآتي بَيانُهم لِما صَحَّ أنّه ﷺ «استُفتِيَ فيمَنْ تَرَك عَمَّتَه وخالَتَه لا غيرُ فرفَع رَأسَه إلى السّماءِ فقال اللّهُمَّ رجلٌ تَرَك عَمَّتَه وخالَتَه لا وارِثَ له غيرُهما ثمّ قال أين السّائِلُ؟ فقال: «ها أنا ذا»

ولا يُرَدُّ على أهلِ الفرْضِ، بل المالُ لِبَيْتِ المالِ، وأفْتَى المُتأخِّرونَ إذا لم يَنْتَظِم أمرُ بَيْتِ المالِ بالرّدِّ على أهلِ الفرْضِ غيرِ الزّوْجَيْنِ ما ....

قال «لا ميراثَ لهما»[1] وبه يعتَضِدُ الحديثُ المُرْسَلُ (أنّه ﷺ رَكِبَ إلى قُباءَ يستَخيرُ اللّهَ في العمّةِ والخالةِ فأنْزَلَ اللّه الميراثَ لهما) (ولا) استئنافٌ لِفَسادِ العطْفِ بإيهامِه التّناقُضَ (يُرَدُّ على أهلِ الفرضِ) فيما إذا وُجِدَ بعضُهم ولم يستَغرِقْ كبنتٍ أو أختٍ فلا يَرِدُ عليهما الباقي لِئَلّا يَبْطُلَ فرضُهما المُقَدَّرُ (بل المالُ) وهو الكلُّ في الأوّلِ والباقي في الثاني (لبيت المالِ)، وإنْ لم ينتَظِم بأنْ جارَ مُتوَلّيه أو لم يكن أهلًا؛ لأنّ الإرثَ لِجهةِ الإسلامِ ولا ظُلْمَ من المسلمين فلم يَبْطُلْ حَقُّهم بجوْرِ الإمامِ ومعنى الأصلِ هنا المعروفُ الثابتُ المُستَقِرُّ من المذهبِ وقد يَطْرَأُ على الأصلِ ما يقتضي مُخالفتَه (و) من ثَمَّ (أفتى المُتأخِّرون) من الأصحابِ وفي الروضةِ أنّه الأصحُّ أو الصّحيحُ عندَ مُحقِّقي الأصحابِ منهم ابنُ سُراقة من كِبارِ أصحابِنا ومُتَقَدِّميهم ثمّ صاحِبُ الحاوي والقاضي حُسيْنٌ والمُتَوَلّي وآخرون.

وبه كقولِ ابنِ سُراقة هو قولُ عامّةِ شُيوخِنا اعتَرَضَ تخصيصَه بالمُتأخِّرين وقد يُجابُ بأنّه أرادَ أكثرَهم كما دَلَّ عليه كلامُه في الروضةِ فلا يُنافي أنّ كثيرين من المُتَقَدِّمين عليه ومن هذا يُؤْخَذُ أنّ المُتأخِّرين في كلامِ الشيخينِ ونحوِهما كلُّ مَنْ كان بعدَ الأربَعِمائةِ وأمّا الآنَ وقبله فهم مَنْ بعدَ الشيخينِ (إذا لم ينتَظِم أمرُ بيت المالِ) بأنْ فُقِدَ الإمامُ أو بعضُ شُروطِ الإمامةِ كأنْ جارَ (بالرّدِّ على أهلِ الفرضِ) لِلاتِّفاقِ على انحِصارِ مَصْرِفِ التّركةِ فيهم أو في بيت المالِ فإذا تعذَّرَ تعيَّنوا وإنّما جازَ دَفْعُ الزّكاةِ للجائرِ لأنّ للمُزَكّى غَرَضًا في الدفعِ إليه لِتيَقُّنِه به براءةَ ذِمَّته وتَوَفُّرَ مُؤْنةِ التّفْرِقة عليه ودَفْعَ خطرِ ضمانِه بالتّلَفِ بعدَ التّمَكُّنِ لو لم يُبادِرْ بالدفعِ إليه ولا غَرَضَ هنا وأيضًا فمُستَحِقّو الزّكاةِ قد ينحَصِرون بالأشخاصِ فيُطالِبون ولا كذلك جِهةُ المصالِحِ فكانتْ أقرَبَ لِلضّياعِ وأيضًا فالشّارِعُ نصَّ على وِلايةِ الإمامِ لِلزَّكاةِ دونَ الإرثِ وما أوهَمته عبارَتُه من أنّه عندَ فقْدِ ذَوي الأرحامِ وغيرِهم لا يُصْرَفُ على رَأيِ المُتأخِّرين لِغيرِ المُنْتَظِمِ غيرُ مُرادٍ بل على مَنْ هو بيَدِه صَرْفُه لِقاضي البلَدِ الأهلِ لِيَصْرِفَه في المصالِحِ إنْ شَمَلَتْها وِلايَتُه فإنْ لم تَشمَلْها تَخَيَّرَ بين صَرْفِه له وتَوَلّيه صَرْفَه لها بنفسِه إنْ كان أمينًا عارِفًا كما لو فُقِدَ الأهلُ فإنْ لم يكن أمينًا فوّضَه لأمينٍ عارِفٍ وعبارةُ ابنِ عبدِ السّلام إذا جارَ المُلوكُ في مالِ المصالِحِ وظَفِرَ به أحدٌ مِمَّنْ يعرِفُها صَرَفَه فيها وهو مأجورٌ على ذلك بل الظّاهرُ وجوبُه (غير) بالجرِّ صِفةٌ لأهلِ على ما قيلَ ويوَجَّه بتعرُّفِها بالإضافة إنْ وقَعَتْ بين ضِدَّين على ما فيه والنّصْبِ على الاستثناءِ وهو أولى أو مُتعيِّنٌ (الزوجَين) إجماعًا؛ لأنّه لا رَحِمَ لهما ومن ثَمَّ تَرِثُ زوجةٌ تُدْلي بعمومةٍ أو خُؤولةٍ بالرّحِمِ لا بالزوجيّةِ (ما) معمولٌ لِلرّدِّ على ضَعْفٍ فيه.

---

(١) [سنده ضعيف] أخرجه: الحاكم في (المستدرك على الصحيحين) [٤/ ٣٨١]، من حديث: ابن عمر رضي الله عنهما.
قلتُ: سنده ضعيف. ينظر: (التلخيص الحبير) لابن حجر [٣/ ٨١].

فَضَلَ عن فُروضِهم بالنِّسبةِ، فإنْ لم يَكونوا صُرِفَ إلى ذَوي الأرحامِ، وهم مَنْ سِوَى المذْكورينَ مِن الأقارِبِ، وهم عَشَرةُ أصْنافٍ أبو الأُمِّ، وكُلُّ جَدٍّ وجَدّةٍ ساقِطَيْنِ، وأولادُ البناتِ، وبَناتُ الإخْوةِ، وأولادُ الأخَواتِ، وبَنو الإخْوةِ للأُمِّ، والعمُّ للأُمِّ، وبَناتُ الأعْمامِ والعمّاتِ والأخْوالِ والخالاتِ، والمُدْلونَ بهم.

(فضَلَ عن فُروضِهم بالنِّسبةِ) أي بِنِسبةِ فُروضِهم إن اجتَمع أكثرُ من صِنفٍ، وعددُ سِهامِهم أصلُ المسألةِ طَلَبًا للعَدْلِ فللبنت وحدَها الكلُّ ومع الأمِّ ثلاثةُ أرباعٍ ورُبُعٌ للأمِّ؛ لأنّ أصلها من ستّةٍ وسِهامُها منها أربَعةٌ فاجعَلْها أصلَ المسألةِ واقسِمْها بينهما أرباعًا ويصحُّ أنْ تقولَ يبقى سهْمانِ للأمِّ رُبُعُها نصفٌ يُضْرَبُ في السّتّةِ فتَصِحُّ من اثنيْ عَشَرَ وترجِعُ بالاختصارِ إلى أربَعةٍ، ولو تعدَّدَ ذو فرضٍ قُسِمَ بينهم بالسّويّةِ فعُلِمَ أنّ الرّدَّ ضِدُّ العولِ الآتي (فإنْ لم يكونوا) أي ذَوو الفُروضِ (صُرِفَ إلى ذَوي الأرحامِ) إرْثًا عُصوبةً فيأخُذه كلَّه مَنِ انفرَدَ منهم، ولو أنثى وغَنيًّا للحديثِ الصّحيحِ «الخالُ وارثُ مَنْ لا وارِثَ له» وقُدِّمَ الرّدُّ؛ لأنّ القرابةَ المُفيدةَ لاستحْقاقِ الفرضِ أقوى وفي إرْثِهم إذا اجتَمَعوا مذهبُ أهلِ القرابةِ وهو تقديمُ الأقرَبِ للمَيِّت، ومذهبُ أهلِ التنزيلِ بأنْ يُنَزَّلَ كلٌّ منزلةَ مَنْ يُدْلي به فيُجْعَلُ ولَدُ البنت والأخت كأمِّهما وبنتا الأخِ والعمِّ كأبيهما والخالُ والخالةُ كالأمِّ والعمُّ للأمِّ والعمّةُ كالأبِ ففي بنت بنتٍ وبنت بنت ابنِ المالُ بينهما أرباعًا وإذا نزل كلٌّ كما ذُكِرَ قُدِّمَ الأسبَقُ للوارِثِ لا للمَيِّت فإن استَوَوْا قُدِّرَ كأنّ الميِّتَ خَلَّفَ مَنْ يُدْلون به ثمّ يَجْعَلون نصيبَ كلٍّ لِمَنْ أدْلى به على حسبِ إرْثِه منه لو كان هو الميِّتُ إلا أولادَ ولَدِ الأمِّ والأخوالَ والخالات منها فبالسّويّةِ ويُراعَى الحجبُ فيهم كالمُشَبَّهين بهم ففي ثلاثِ بَنات إخوةٍ مُتَفَرِّقين لِبنت الأخِ للأمِّ السُّدُسُ ولبنت الشّقيقِ الباقي وتُحْجَبُ بها الأخرى كما يحجُبُ أبوها أباها.

(تنبيهٌ) وقَعَ لِلدَّميريِّ في عَمّةٍ لأمٍّ وبنت أخٍ شَقيقٍ أنّ الثانيةَ تُقَدَّمُ عندَ الجميعِ المُقَرِّبين والمُنْزِلين وهو غَلَطٌ مَنْشَؤُه الغفلةُ عمّا في الروضةِ وغيرِها وجَرَيْت عليه آنِفًا أنّ العمّةَ ولو للأمِّ تُنَزَّلُ منزلةَ الأبِ وهو مُقَدَّمٌ على الأخِ وحينئذٍ فالمالُ كلُّه للعَمّةِ على الأصحِّ (وهم) شرعًا كلُّ قريبٍ وفي اصطِلاحِ الفرضيّين (مَنْ سِوَى المذكورين من الأقارِبِ) من كلِّ مَنْ ليس له فرضٌ ولا عُصوبةٌ (وهم عَشَرةُ أصنافٍ) وبالمُدْلي الآتي يَصيرون أحدَ عَشَرَ (أبو الأمِّ وكلُّ جدٍّ وجَدّةٍ ساقِطَين) كأبي أبي الأمِّ وأمِّ أبي الأمِّ، وإنْ عَلَيا هَؤُلاءِ صِنفٌ (وأولادُ البنات) ذُكورًا وإناثًا ومنهم أولادُ بَنات الابنِ (وبَناتُ الإخوةِ) مُطْلَقًا دون ذُكورِ غيرِ الإخوةِ للأمِّ (وأولادُ الأخوات) مُطْلَقًا (وبَنو الإخوةِ للأمِّ) وبَناتُهم ذُكِرَتْ في بَنات الإخوةِ (والعمُّ للأمِّ) أي أخو الأبِ لأمِّه (وبَناتُ الأعمام والعمّات) بالرّفْعِ (والأخوالُ والخالاتُ) وعَطَفَ على عَشَرةٍ قوله (و) الفُروعُ (المُدْلون بهم) أي المذكورين ما عدا الأوّلِ؛ لأنّ الأمَّ تُدْلي به وهي ذاتُ فرضٍ.

فَصْلٌ

الفُروضُ المُقَدَّرةُ في كتاب اللّٰه تعالى سِتةٌ:

النِّصْفُ فَرْضُ خمسةٍ: زَوْجٍ لم تُخَلِّفْ زَوْجَتُه ولَدًا ولا ولَدَ ابنٍ، وبِنْتٍ أو بنْتِ ابنٍ أو أُخْتٍ لأبَوَيْنِ أو لأبٍ مُنْفَرِداتٍ. والرُّبُعُ: فَرْضُ زَوْجٍ لِزَوْجَتِه ولَدٌ أو ولَدُ ابنٍ، وزَوْجةٍ ليس لِزَوْجِها واحِدٌ منهما، والثُّمُنُ فَرْضُها مع أحَدِهما، والثُّلُثانِ فَرْضُ بنْتَيْنِ فَصاعِدًا وبِنْتَي ابنٍ فأكْثَرَ وأُخْتَيْنِ فأكْثَرَ لأبَوَيْنِ أو لأبٍ، ....

فصل في بَيانِ الفُروضِ التي في القُرآنِ الكريمِ وذَويها

(الفُروضُ) أي الأنصِباءُ (المُقَدَّرةُ) فلا يُزادُ عليها ولا يُنْقَصُ عنها إلا لِرَدٍّ أو عَوْلٍ (في كِتابِ اللّٰه تعالى) للورثةِ (ستةٌ) وأخصَرُ ما يُعَبَّرُ به عنها الرُّبُعُ والثُّلُثُ ونصفُ كلٍّ وضِعْفُه وثُلُثُ ما يبقى فيما يأتي مَزيدٌ لِدليلٍ آخرَ وليس المُرادُ أنّ كلَّ مَنْ له شيءٌ منها يأخُذُه بنصِّ القُرآنِ لأنّ فيهنّ مَنْ أخذَ بالإجماعِ أو القياسِ كما يأتي (النصفُ) بَدَءوا به لأنّه نِهايةُ الكُسورِ المُفْرَدةِ في الكثرةِ وبعضُهم بَدَأ بالثُّلُثَين اقتداءً بالقُرآنِ أي ولأنّه نِهايةُ ما ضوعِفَ (فرضُ خمسةٍ زوجٍ) بالجرِّ ويَجوزُ الرَّفْعُ وكذا النَّصْبُ لولا تَغْييرُه لِلفظِ المتنِ وبَدَءوا به تَسهيلًا لِلتعليم؛ لأنّ كلَّ ما قلَّ الكلامُ فيه يكونُ أرسَخَ في الذِّهْنِ وهو على الزوجَين أقَلُّ منه على غيرِهما والقُرآنُ العزيزُ بالأولادِ؛ لأنّهم أهَمُّ عندَ الآدَميِّ ومن ثَمَّ ابتَدَءوا في تعليمِ القُرآنِ بآخِرِه على خلافِ السُّنّةِ في قِراءَته (لم تُخَلِّفْ زوجَتُه ولَدًا ولا ولَدَ ابنٍ) ذكرًا أو أنثى وارِثًا للآيةِ وابنُ الابنِ، وإنْ سفَلَ مُلْحَقٌ به إجماعًا (وبنتٍ أو بنت ابنٍ أو أختٍ لأبوَين أو لأبٍ مُنفَرِداتٍ) عمَّنْ يأتي.

للآيات فيهنّ مع الإجماعِ على الثانيةِ وعلى إخراجِ الأخت للأُمِّ من الآيةِ (والرُّبُعُ فرضُ) اثنين (زوجٍ لِزوجَته ولَدٌ أو ولَدُ ابنٍ) ذكرٌ أو أنثى وارِثٌ، وإنْ نزل للآيةِ مع الإجماعِ في ولَدِ الابنِ فإنْ فُقِدَ الولَدُ أو كان غيرَ وارِثٍ لِنحوِ قتلٍ أو ورِثَ بعمومِ القرابةِ كفرعِ البنت فله النِّصفُ (وزوجةٍ) فأكثرَ إلى أربَعٍ بل وإنْ زِدْنَ في حَقِّ نحوِ مَجوسيٍّ (ليس لِزوجِها واحدٌ منهما) كما ذُكِرَ للآيةِ (والثُّمُنُ) لِواحدٍ؛ لأنّه (فرضُها) أي الزوجةِ فأكثرَ (مع أحدِهما) كما ذُكِرَ للآيةِ أيضًا وجُعِلَ له في حالتَيْه ضِعْفُ مالِها في حالتَيْها؛ لأنّ فيه ذُكورةً وهي تقتَضي التعصيبَ فكان معها كالابنِ مع البنت وسيُذْكرُ توارُثُ الزوجَين في عِدّةِ الطّلاقِ الرّجْعيِّ، (والثُّلُثانِ فرضُ) أربَعٍ (بَنين فصاعِدًا) للآيةِ وفوقَ فيها صِلةٌ للإجماعِ على أنّ للبنتَين الثُّلُثَين المُستَنِدِ للحديثِ الصّحيحِ أنّها نزلتْ في بنتَين وزوجةٍ وابنِ عَمٍّ فقضى ﷺ لِلزوجةِ بالثُّمنِ وللبنتَين بالثُّلُثَين ولابنِ العمِّ بالباقي (وبنتَي ابنٍ فأكثرَ) إجماعًا (وأختَين فأكثرَ لأبوَين أو لأبٍ) للآيةِ في الثِّنتَين وللإجماعِ فيما زاد على أنّها نزلتْ في قِصّةِ جابرٍ لَمّا مرِضَ وسألَ عن إرْثِ أخواته السّبعِ منه وما قيلَ لَمّا ماتَ غَلَطٌ لأنّه عاشَ بعدَ النّبيِّ ﷺ بكثيرٍ فكان تقديرُها ثِنْتَين فأكثرَ ويُشْتَرَطُ

والثُّلُثُ فَرْضُ أُمٍّ ليس لِمَيِّتِها ولَدٌ ولَدُ ابنٍ ولا اثْنانِ مِن الإخْوةِ والأخَواتِ، وفَرْضُ اثْنَيْنِ فأكْثَرَ من ولَدِ الأُمِّ، وقد يُفرَضُ للجَدِّ مع الإخْوةِ.
والسُّدُسُ فَرْضُ سَبعةٍ: أبٍ وجَدٍّ لِمَيِّتِهما ولَدٌ أو ولَدُ ابنٍ وأُمٍّ لِمَيِّتِها ولَدٌ أو ولَدُ ابنٍ أو اثْنانِ من إخْوةٍ وأخَواتٍ ....

انفِرادُهُنّ عَمَّنْ يُعَصِّبُهُنّ أو يحجُبُهُنّ حِرمانًا أو نُقصانًا (والثُّلُثُ فرضُ) اثنين فرضُ (أُمٍّ ليس لِمَيّتها ولَدٌ ولا ولَدُ ابنٍ) وارثٍ (ولا اثنانِ من الإخوةِ والأخوات) يقينًا فإنْ شُكَّ في نَسَبِ اثنين فسيأتي في الموانِعِ للآيةِ ووَلَدُ الولدِ كالولدِ إجماعًا وجمعُ الإخوةِ فيها المُرادُ به عددٌ من هذا الجنسِ إجماعًا قبلَ ظُهورِ خلافِ ابنِ عَبّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُما وسيأتي أنّ فرضَها في إحدَى الغرّاوَين ثُلُثُ الباقي (وفرضُ اثنين فأكثرَ من ولَدِ الأُمِّ) لقوله تعالى ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٌ﴾ [النساء:١٢] الآيةَ أي من أُمٍّ إجماعًا وهو في قِراءةٍ شاذّةٍ وهي إذا صَحَّ سنَدُها كخبرِ الواحدِ في وجوبِ العمَلِ بها خلافًا لِشرحِ مسلم (وقد يُفرَضُ) الثُّلُثُ (للجَدِّ مع الإخوةِ) فيما يأتي وبه يكونُ الثُّلُثُ لِثلاثةٍ، وإنْ كان الثالِثُ ليس في القُرآنِ (والسُّدُسُ فرضُ سبعةٍ أبٍ وجَدٍّ) لم يُدْلِ بأنثى (لِمَيّتِهما ولَدٌ أو ولَدُ ابنٍ) وارثٍ للآيةِ والجدُّ كالأبِ فيها (وأُمٍّ لِمَيّتها ولَدٌ أو ولَدُ ابنٍ) وارثٍ (أو اثنانِ من إخوةٍ وأخواتٍ)، وإنْ لم يَرِثا لِحَجْبِهما بالشّخصِ دون الوصْفِ كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي كأخٍ لأبٍ مع شَقيقٍ ولأُمٍّ مع جَدٍّ، ولو كانا مُلْتَصِقَين ولِكلٍّ رَأسٌ ويَدانِ ورِجْلانِ وفرجٌ إذْ حكمُهما حكمُ الاثنين في سائِرِ الأحكام كما نَقَلوه عن ابنِ القطّانِ وأقَرّوه وظاهرٌ أنّ تعدُّدَ غيرِ الرّأسِ ليس بشرطٍ بل متى عُلِمَ استقلالُ كلٍّ بحياةٍ كأنْ نام دون الآخرِ كانا كذلك

(تنبيهٌ) سُئِلت عن مُلْتَصِقَين ظهرُ أحدِهما في ظهرِ الآخرِ ولم يُمْكِن انفِصالُهما فأحرَما بالحجِّ ثُمّ أرادَ أحدُهما تقديمَ السّعْيِ عَقِبَ طَوافِ القُدومِ والآخرُ تأخيرَه إلى ما بعدَ طَوافِ الرُّكْنِ فمن المجاب وهل إذا فعلَ أحدُهما ما لَزِمَه من الأركانِ والواجبات بموافَقةِ الآخرِ ثُمّ أرادَ الآخرُ ذلك يلزمُ الأوّلَ موافَقَتُه والمشيُ والرُّكوبُ معه إلى الفراغِ أيضًا أو لا وهل يلزمُ كلًّا أنْ يَفْعَلَ مع الآخرِ واجبَه من نحوِ صلاةٍ سواءٌ أوَجَبَ عليه نظيرُ ما وجَبَ على صاحِبِه أو لا ضاقَ الوقتُ أم لا؟ فأجَبْت بقولي الذي يظهرُ من قواعِدِنا أنّه لا يجبُ على أحدِهِما موافَقة الآخرِ في فعلِ شيءٍ أرادَه مِمّا يَخُصُّه أو يُشارِكُه الآخرُ فيه لأنّ تَكْليفَ الإنسانِ بفعلٍ لأجلِ غيرِه من غيرِ نِسبَتِه لِتقصيرٍ ولا لِسببٍ فيه منه لا نظيرَ له ولا نَظَرَ لِضيقِ الوقت؛ لأنّ صلاتَهما مَعًا لا تُمْكِنُ؛ لأنّ الفرضَ تَخالُفُ وجهَيْهما فإنْ قُلْت لِمَ لا نُجْبِرُه ويُلْزَمُ الآخرُ بالأُجرةِ كما هو قياسُ مسائلَ ذكروها قُلْت تلك ليستْ نظيرَ مسألَتنا؛ لأنّها ترجِعُ إلى حِفْظِ النّفْسِ تارةً كمُرْضِعةٍ تعيّنَتْ والمالِ أخرى كوَديعٍ تعيَّنَ وما هنا إنّما هو إجبارٌ لِمحضِ عبادةٍ وهي يُغْتَفَرُ فيها ما لا يُغْتَفَرُ فيهما فإنْ قُلْت عَهِدْنا الإجبارَ بالأُجرةِ للعبادةِ كتعليم الفاتحةِ بالأُجرةِ قُلْت يُفرَّقُ بأنّ ذاك أمرٌ يَدومُ نفعُه بفعلٍ قليلٍ لا يتكرَّرُ بخلافِ ما هنا فإنّه يلزمُ تَكرُّرُ الإجبارِ بل دَوامُه ما بَقِيَت الحياةُ وهذا أمرٌ لا يُطاقُ فلم يَتَّجِهْ إيجابُه فإنْ رَفَعا الأمرَ للحاكِمِ في شيءٍ من ذلك أعرَضَ

وجَدّةٍ ولِبِنْتِ ابنٍ مع بنْتِ صُلْبٍ ولأُخْتٍ أو أخواتٍ لأبٍ مع أُخْتٍ لأبوَيْنِ ولِواحِدٍ من ولَدِ الأُمّ.

فَصْلٌ

الأبُ والابنُ والزّوْجُ لا يَحْجُبُهم أحَدٌ، وابنُ الابنِ لا يَحْجُبُه إلّا الابنُ أو ابنُ ابنٍ أقْرَبُ منه والجدُّ لا يَحْجُبُه إلّا مُتَوَسِّطٌ بينه وبين الميّتِ، والأخُ لأبوَيْنِ يَحْجُبُه الأبُ والابنُ وابنُ الابنِ، ولأبٍ يَحْجُبُه هَؤُلاءِ، وأخٌ لأبوَيْنِ، ....

عنهما إلى أنْ يَصْطَلِحا على شيءٍ يَتَّفِقانِ عليه أخذًا مِمّا ذكروه أواخِرَ العاريّةُ بل أولى فتأمّلْ ذلك فإنّه مُهِمٌّ فإذا اجتَمع معها ولَدٌ وأخوانٍ فالحاجِبُ لها الولدُ فقط؛ لأنّه أقوى.

(وجَدّةٌ) فأكثرُ لِما صَحَّ «أنّه ﷺ أعطاها السُّدُسَ وأنّه قضى به للجَدَّتَين» (ولِبنت ابنٍ) فأكثرَ (مع بنت صُلْبٍ) أو بنت ابنٍ أعلى منها إجماعًا (ولأختٍ أو أخواتٍ لأبٍ مع أختٍ لأبوَين) قياسًا على الذي قبله (ولِواحدٍ من ولَدِ الأُمّ) ذكرًا أو أنثى وقد يَرِثُ بعضُ المذكورين بالتعصيبِ كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي.

فصل في الحجْبِ

وهو لُغةً المنْعُ وشرعًا مَنْعُ مَنْ قامَ به سببُ الإرثِ بالكلّيّةِ أو من أوفرِ حَظَّيْه ويُسَمَّى الأوّلُ حَجْبَ حِرْمانٍ وهو إمّا بالشّخْصِ أو الاستغراقِ وهو المُرادُ هنا أو الوصْفُ وسيأتي والثاني حَجْبَ نُقْصانٍ وقد مَرَّ ومنه حَجْبُ الفرعِ لِلزوجِ أو الزوجةِ أو للأبوَين.

(الأبُ والابنُ والزوجُ لا يحجُبُهم) من الإرثِ حِرْمانًا (أحدٌ) إجماعًا لأنّ كلًّا منهم يُدْلي للمَيِّت بنفسِه وليس فرعًا عن غيرِه بخلافِ المُعتقِ فإنّه، وإنْ أدْلى بنفسِه لَكِنّه فرعٌ عن النّسَبِ.

لأنّه مُشَبَّهٌ به فقُدِّمَ عليه (وابنُ الابنِ)، وإنْ سفَلَ (لا يحجُبُه إلا الابنُ) إجماعًا أباه كان لإدْلائِه به أو عَمَّه؛ لأنّه أقرَبُ منه (أو ابنُ ابنٍ أقرَبُ منه) كابنِ ابنٍ وابنِ ابنِ ابنِ ابنٍ، ولولا قولي وإنْ سفَلَ لم ينتَظِم استثناءُ نحوِ هذه الصّورةِ ويحجُبُه أيضًا أصحابُ فُروضٍ مُستَغْرَقة كأبوَين وبنتَين (والجدُّ)، وإنْ عَلا (لا يحجُبُه إلا) ذكرٌ (مُتَوَسِّطٌ بينه وبين الميّت) إجماعًا كالأبِ؛ لأنّ كلّ مَنْ أدْلى للمَيِّت بواسِطةٍ حَجَبَتْه إلا أولادَ الأُمّ وخرج بذكرٍ مَنْ أدْلى بأنثى فإنّه لا يَرِثُ أصلًا فلا يُسَمَّى حَجْبًا كما عُلِمَ من حَدِّه السّابِقِ.

(والأخُ لأبوَين يحجُبُه الأبُ والابنُ وابنُ الابنِ)، وإنْ سفَلَ إجماعًا (و) الأخُ (للأبِ يحجُبُه هَؤُلاءِ) لأنّهم حَجَبوا الشّقيقَ فهو أولى (وأخٌ لأبوَين)؛ لأنّه أقوى وأقربُ منه ويحجُبُه أيضًا أختٌ لأبوَين معها بنتٌ أو بنتُ ابنٍ وهو وإنْ كان حَجْبًا بالاستغراقِ لَكِنّه لا يخرُجُ عن كونِه حُجِبَ بأقرَبَ منه فرُبّما يَرِدُ على تعبيرِه المذكورِ ولا يشمَلُه قولُه الآتي وكلُّ عصبةٍ تَحجُبُه أصحابُ فُروضٍ مُستَغْرَقة؛ لأنّ الأختَ هنا لم تأخُذْ إلا تعصيبًا نعم، أجابَ ابنُ الرِّفعةِ بأنّ الكلامَ في مُطْلَقِ مَنْ يحجُبُه وكلُّ من

ولأُمٍّ يَحْجُبُه أبٌ وجدٌّ ووَلَدٌ ووَلَدُ ابنٍ، وابنُ الأخِ لأبَوَيْنِ يَحْجُبُه سِتَّةٌ: أبٌ، وجَدٌّ، وابنٌ وابنُه، وأخٌ لأبَوَيْنِ ولأبٍ، ولأبٍ يَحْجُبُه هَؤُلاءِ، وابنُ الأخِ لأبَوَيْنِ، والعمُّ لأبَوَيْنِ يَحْجُبُه هَؤُلاءِ وابنُ أخٍ لأبٍ، ولأبٍ يَحْجُبُه هَؤُلاءِ، وعَمٌّ لأبَوَيْنِ، وابنُ عَمٍّ لأبَوَيْنِ يَحْجُبُه هَؤُلاءِ، وعَمٌّ لأبٍ، ولأبٍ يَحْجُبُه هَؤُلاءِ وابنُ عَمٍّ لأبَوَيْنِ، والمُعْتِقُ يَحْجُبُه عَصَبةُ النّسَبِ. والبِنْتُ والأُمُّ والزَّوْجةُ لا يُحْجَبنَ، وبِنْتُ الابنِ يَحْجُبُها ابنٌ أو بنْتانِ إذا لم يَكُنْ معها مَنْ يُعَصِّبُها، والجدّةُ للأُمِّ لا يَحْجُبُها إلّا الأُمُّ، وللأبِ يَحْجُبُها الأبُ أو الأُمُّ، ....

البنت أو بنت الابنِ والشّقيقة لا تَحجُبُه عندَ الإطلاقِ، (و) الأخُ (لأمٍّ يحجُبُه أبٌ وجدٌّ ووَلَدٌ ووَلَدُ ابنٍ)، وإنْ سفَلَ، ولو أنثى للخبرِ الصّحيحِ أنّه ﷺ فسّرَ الكلالةَ في الآيةِ التي فيها إرْثُ ولَدِ الأمِّ كما مرَّ بأنّه مَنْ لم يُخلِّفْ ولَدًا ولا والِدًا، (وابنُ الأخِ لأبوَين يحجبُه ستّةٌ أبٌ وجدٌّ)، وإنْ عَلا؛ لأنّه أقوى منه وقيلَ يُقاسِمُ أبا الجدِّ لاستواءِ دَرَجَتَيْهِما كالأخِ مع الجدِّ ويُرَدُّ بأنّ هذا خارِجٌ عن القياسِ كما يأتي فلا يُقاسُ عليه.

(وابنٌ وابنُه وأخٌ لأبوَين ولأبٍ)؛ لأنّه أقرَبُ منه وذكرَ ستّةً هنا ليرفع إيهامَ التّكرُّرِ المحضِ عن هذا وما يَليه وليُفيدَ أنّ قوله (والأبُ) هذا معطوفٌ على لأبوَين الأوّلِ لا على ما يَليه (يحجُبُه هَؤُلاءِ) السّتّةُ (وابنُ أخٍ لأبوَين)؛ لأنّه أقرَبُ منه، (والعمُّ لأبوَين يحجُبُه هَؤُلاءِ) السّبْعةُ (وابنُ أخٍ لأبٍ)؛ لأنّهم أقرَبُ منه (و) العمُّ (لأبٍ يحجبُه هَؤُلاءِ) الثمانيةُ (وعَمٌّ لأبوَين) كذلك (وابنُ عَمٍّ لأبوَين يحجُبُه هَؤُلاءِ) التسعةُ (وعَمٌّ لأبٍ و) ابنُ عَمٍّ (لأبٍ يحجبُه هَؤُلاءِ) العشرةُ (وابنُ عَمٍّ لأبوَين) كذلك ولا يَرِدُ عليه أنّ كلًّا من العمِّ بقِسمَيْه يُطْلَقُ على عَمِّ الميِّت وعَمِّ أبيه وعَمِّ جَدِّه مع أنّ ابنَ عَمِّ الميِّت، وإنْ نزل يحجُبُ عَمَّ أبيه، وابنُ عَمِّ أبيه وإنْ نزل يحجُبُ عَمَّ جَدِّه وذلك؛ لأنّ الكلامَ بقَرينةِ السّياقِ في عَمِّ الميِّت لا عَمِّ أبيه ولا عَمِّ جَدِّه.

(والمُعتِقُ يحجُبُه عصبةُ النّسَبِ) إجماعًا؛ لأنّ النّسب أقوى ومن ثَمّ اختصَّ بالمحرَميّةِ ووجوبِ النّفَقة وسُقوطِ القوَدِ والشّهادةِ ونحوِها، (والبنتُ والأمُّ والزوجةُ لا يُحجَبنَ) حِرْمانًا إجماعًا (وبنتُ الابنِ يحجُبُها ابنٌ) مُطْلَقًا؛ لأنّه أبوها أو عَمُّها (أو بنتانِ إذا لم يكن معها مَنْ يعصِبُها) لأنّه لم يَبْقَ من الثُّلُثَين شيءٌ فإنْ وُجِدَ معها ذلك كأخيها أو ابنِ عَمِّها أخذَتْ معه الثُّلُثَ الباقي تعصيبًا (والجدّةُ للأمِّ لا يحجُبُها إلا الأمُّ) لإدْلائِها بها ولا كذلك الأبُ والجدُّ (و) الجدّةُ (للأبِ يحجُبُها الأبُ) لإدْلائِها به وقال جمعٌ مجتهِدون لا يحجُبُها لِحديثٍ فيه لكن ضَعَّفَه عبدُ الحقِّ وغيرُه وقد تَرِثُ وابنُ ابنِها أو ابنُ بنتِها حَيٌّ من ابنِه في صورةٍ هي أنْ تكون جَدّةً من جهتَين بأنْ يَموتَ ابنُها أو بنتُها وتَتْرُك ولَدًا مُتَزوِّجًا بنتَ عَمَّته أو خالَته وله منها ولَدٌ فيموتُ هذا الولدُ بعدَ موت أُمّه وأُمِّها ويَتْرُكُ أباه وجَدَّتَه العُلْيا التي هي أُمُّ أُمِّ أُمّه وأُمُّ أبي أبيه أو وأُمُّ أُمِّ أبيه فتَرِثُه من جِهةِ كونِه ابنَ بنت بنتها لا من جِهةِ كونِه ابنَ ابنِ ابنِها أو ابنَ ابنِ بنتها (والأمُّ) إجماعًا ولأنّها أقرَبُ منها في الأُمومةِ التي بها الإرثُ.

والقُرْبَى من كُلِّ جِهةٍ تَحْجُبُ البُعْدَى منها، والقُرْبَى من جِهةِ الأُمِّ كأُمِّ أُمٍّ تَحْجُبُ البُعْدَى من جِهةِ الأَبِ كأُمِّ أُمِّ أبٍ، والقُرْبَى من جِهةِ الأبِ لا تَحْجُبُ البُعْدَى من جِهةِ الأُمِّ في الأَظْهَرِ، والأُخْتُ مِن الجِهاتِ كالأخِ، والأَخَواتُ الخُلَّصُ لأبٍ يَحْجُبُهُنّ أيْضًا أُخْتانِ لأَبَوَيْنِ، والمُعْتِقةُ كالمُعْتِقِ، وكُلُّ عَصَبةٍ يَحْجُبُه أصْحابُ فُروضٍ مُسْتَغْرِقةٍ.

(و) الجدّةُ (القُربى من كلِّ جِهةٍ تَحجُبُ البُعْدَى منها) سواءٌ أدْلَتْ بها كأُمِّ أبٍ وأُمِّ أُمِّ أبٍ وأُمِّ أُمِّ وأُمِّ أُمِّ أُمِّ الأُمِّ لا كأُمِّ أبٍ وأُمِّ أبي أبٍ وقَصْرُ اتِّحادُ الجِهةِ على المُدْلِيةِ فالمنْعُ في المِثالِ الأخيرِ للأقربيّةِ مع اختلافِ الجِهةِ اصطِلاحٌ آخرُ غيرُ ما في المتنِ هنا يُناسِبُه ما يأتي في شرحِ في الأظهرِ فلا يَرِدُ عليه نعم، إنْ كانت البُعْدَى من جِهةٍ أخرى لم تُحجَبْ كما في الجدّةِ العُلْيا في الصّورةِ السّابِقة فإنّ بنتَها التي هي أُمُّ أُمِّ الميِّت لا تُسقِطُها لأنّها أعني العُلْيا أُمُّ أُمِّ أبيه فهي مُساويةٌ لها من جِهةِ الأبِ فورِثَتْ معها لا من جهتها وليس لَنا جَدّةٌ تَرِثُ مع بنتِها الوارِثةِ إلا هذه.

(والقُربى من جِهةِ الأُمِّ) كأُمِّ أُمٍّ (تَحجُبُ البُعْدَى من جِهةِ الأبِ كأُمِّ أُمِّ أبٍ)؛ لأنّ لها قوَّتَين: قُربُها بدَرَجةٍ، وكونُ الأُمِّ كالأصلِ لِتَحقُّقِ نِسبةِ الميِّت لها ولا كذلك الأبُ والجدّاتُ كفرعِها.

(والقُربى من جِهةِ الأبِ) كأُمِّ أبٍ (لا تَحجُبُ البُعْدَى من جِهةِ الأُمِّ) كأُمِّ أُمِّ الأُمِّ (في الأظهرِ) بل يشتَرِكانِ في السُّدُسِ لأنّ الأب لا يحجُبُها فالجدّةُ المُدْلِيةُ به أولى وفارَقَ هذا القُربى من جِهةِ الأُمِّ لِقوّةِ قرابَتِها بتيَقُّنِها ومن ثَمّ حَجَبَتْ جميعَ الجدّات من الجهتَين بخلافِه والقُربى من جِهةِ أُمَّهات الأبِ كأُمِّ أُمِّ أبٍ تُسقِطُ بُعْدَى جِهةِ آبائِه كأُمِّ أُمِّ أبي الأبِ وأُمِّ أبي أبي الأبِ والقُربى من جِهةِ آبائِه كأُمِّ أبي أبيه لا تُسقِطُ بُعْدَى جِهةِ أُمَّهاته كأُمِّ أُمِّ أُمِّ الأبِ على الأظهرِ أخذًا بروايةِ أهلِ المدينةِ عن زَيْدٍ؛ لأنّهم لِكونِهم أهلَ بَلَدِه أعرَفُ بمَرْوِيِّه من غيرِهم، (والأختُ من الجِهات) كلِّها (كالأخِ) منها فيحجُبُها مَنْ يحجُبُه بتفصيلِه السّابِقِ نعم، الشّقيقة أو التي لأبٍ لا يحجُبُها فُروضٌ مُستَغرِقة حيثُ فُرِضَ لها والتي لأبٍ لها السُّدُسُ مع الشّقيقة والأخُ ليس كذلك ولا يَرِدُ للعلم به من كلامِه (والأخواتُ الخُلَّصُ لأبٍ يحجُبُهُنّ أيضًا) شَقيقة مع بنتٍ لاستغراقِهما و (أختانِ لأبوَين) لأنّه لم يَبْقَ من الثُّلُثَين شيءٌ.

وخرج بالخُلَّصِ ما لو كان معهنّ أخٌ لأبٍ فيعصِبُهُنّ ويأخُذُ الثُّلُثَ هو وهما. (والمُعتقة كالمُعتقِ) فيحجُبُها عَصَباتُ النّسَبِ (وكلُّ عصبةٍ) لم تنتَقِلْ للفرضِ وهو غيرُ ابنٍ لِما قدَّمه أوّلاً أنّه لا يُحْجَبُ (يحجُبُه) استَشْكلَ تَسميةُ هذا حَجْبًا بما يَرُدُّه أنّه لا مُشاحّةَ في الاصطِلاحِ فأخذُ شارِحٍ بقضيّةِ الإشكالِ ليس في مَحَلِّه (أصحابُ فُروضٍ مُستَغرَقة) للمالِ كزوجٍ وأُمٍّ ووَلَدِ أُمٍّ وعَمٍّ لا شيءَ للعَمِّ للخبرِ المُتَّفَقِ عليه «ألحِقوا الفرائِضَ بأهلِها فما بَقِيَ فلأولى رجلٍ ذكرٍ» وخرج بقولي لم ينتَقِلْ للفرضِ الأخُ لأبوَين في المُشرِكةِ والأخت لأبوَين أو لأبٍ في الأكدَريّةِ فكلٌّ منهما عصبةٌ ولم يحجُبْه الاستغراقُ؛ لأنّه انتقَلَ للفرضِ، وإنْ لم يَرِث به في الأكدَريّةِ.

(تنبية) شرطُ الحجْبِ في كلِّ ما مَرَّ الإرثُ فمَنْ لا يَرِثُ لِمانِعٍ مِمّا يأتي لا يحجُبُ غيرَه حِرْمانًا

فَصْلٌ

الابنُ يَسْتَغْرِقُ المالَ وكذا البنونَ، وللبِنْتِ النِّصْفُ، وللبِنْتَيْنِ فَصاعِدًا الثُّلُثانِ، ولو اجْتَمع بَنونَ وبَناتٌ فالمالُ لهم لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، وأولادُ الابنِ إذا انْفَرَدوا كأولادِ الصُّلْبِ، فَلَو اجْتَمع الصِّنْفانِ فإنْ كان من ولَدِ الصُّلْبِ ذَكَرٌ حَجَبَ أولادَ الابنِ، وإلّا فإنْ كان لِلصُّلْبِ بنْتٌ فَلَها النِّصْفُ والباقي لِوَلَدِ الابنِ الذُّكورِ أو الذُّكورِ والإناثِ فإنْ لم يَكُنْ إلّا أُنْثَى أو إناثٌ فَلَها أو لهنّ السُّدُسُ.

وإنْ كان لِلصُّلْبِ بنْتانِ فَصاعِدًا أخَذَتا الثُّلُثَيْنِ، والباقي لِوَلَدِ الابنِ الذُّكورِ أو الذُّكورِ والإناثِ، ولا شَيْءَ للإناثِ الخُلَّصِ إلّا أنْ يَكونَ أسْفَلَ منهُنّ ....

ولا نُقصانًا أو يُحْجَبُ فكذلك إلا في صورٍ كالإخوةِ مع الأبِ يُحْجَبون به ويَرُدّون الأُمَّ من الثُّلُثِ إلى السُّدُسِ وولديْها مع الجدِّ يُحجَبانِ به ويَرُدّانِها إلى السُّدُسِ ففي زوجٍ وشَقيقة وأُمٍّ وأخٍ لأبٍ لا شيءَ للأخِ مع أنّه مع الشّقيقة يَرُدّانِ الأُمَّ إلى السُّدُسِ.

فصل: في إرْثِ الأولادِ وأولادِ الابنِ اجتماعًا وانفِرادًا

(الابنُ) المُنْفَرِدُ (يستَغرِقُ المالَ) بالعُصوبةِ (وكذا البنون) إجماعًا (وللبنت) المُنْفَرِدةِ عَمَّنْ يعصِبُها (النّصفُ ولِبنتَين) كذلك (فصاعِدًا الثُّلُثانِ) كما مَرَّ وذكرَ هنا تَتميمًا وتوطِئةً لِقولِه (ولو اجتَمع بَنون وبَناتٌ فالمالُ لهم لِلذَّكرِ مثلُ حَظِّ الأنثيين) للآيةِ والإجماعِ وفُضِّلَ الذّكرُ لاختصاصِه بنحوِ النُّصْرةِ وتَحَمُّلِ العقلِ والجِهادِ وصلاحيَته للإمامةِ والقضاءِ وغيرِ ذلك وجُعِلَ له مثلاها؛ لأنّ له حاجَتَين حاجةً لِنفسِه وحاجةً لِزوجَته وهي لها الأولى بل قد تَستَغْني بالزوجِ ولم يُنْظَرْ إليه لأنّ من شَأنِها الاحتياجَ ولأنّه قد لا يرغَبُ فيها غالبًا إذا لم يكن لها مالٌ فأبطَلَ تعالى حِرْمانَ الجاهِليّةِ لها.

(وأولادُ الابنِ) وإنْ سفَلوا (إذا انفرَدوا كأولادِ الصُّلْبِ) فيما ذُكِرَ إجماعًا لِتنزيلِهم منزلَتَهم (فلو اجتَمع الصّنفانِ) أي أولادُ الصُّلْبِ وأولادُ الابنِ (فإنْ كان من ولَدِ الصُّلْبِ ذكرٌ) وحدَه أو مع أنثى (حَجَبَ أولادَ الابنِ) إجماعًا (وإلا) يكن منهم ذكرٌ (فإنْ كان لِلصُّلْبِ بنتٌ فلها النّصفُ والباقي لِوَلَدِ الابنِ الذُّكورِ أو الذُّكورِ والإناثِ) لِلذَّكرِ مثلُ حَظِّ الأنثيَين كأولادِ الصُّلْبِ (فإنْ لم يكن) منهم (إلا أنثى أو إناثٌ فلها أو لهنّ السُّدُسُ) تكْمِلةَ الثُّلُثَين إجماعًا ولِخبرِ مسلم «أنّه ﷺ قضى به للواحدةِ» (وإنْ كان لِلصُّلْبِ بنتانِ فصاعِدًا أخذَتا) أو أخذْنَ$ (الثُّلُثين) لِما سبَقَ (والباقي لِوَلَدِ الابنِ الذُّكورِ أو الذُّكورِ والإناثِ) لِلذَّكرِ مثلُ حَظِّ الأنثيَين (ولا شيءَ للإناثِ الخُلَّصِ) إجماعًا (إلا أنْ يكونَ أسفَلَ منهنّ) أو مُساويَهُنّ كما فُهِمَ بالأولى وقد يدخلُ فيما قبله بجَعْلِ قولِه لِوَلَدِ الابنِ للجنسِ الصّادِقِ بأخيهِنّ وابنِ عَمِّهِنّ بل صرّح بذلك في قولِه الآتي إلا أنّ بَناتَ الابنِ يعصِبُهُنّ مَنْ في دَرَجَتِهِنّ أو أسفَلَ.

(تنبية) المُتَبادِرُ من كلامِهم أنّ المُرادَ بالخُلَّصِ أنْ لا يكونَ معهنّ مُعَصِّبٌ مُساوٍ أو أنْزَلُ وعليه

ذَكَرٌ فَيُعَصِّبُهُنّ، وأولادُ ابن الابنِ مع أولادِ الابنِ كأولادِ الابنِ مع أولادِ الصُّلْبِ، وكذا سائِرُ المنازِلِ، وإنّما يُعَصِّبُ الذَّكَرُ النّازِلُ مَنْ في دَرَجَتِهِ ويُعَصِّبُ مَنْ فَوْقَه إنْ لم يَكُنْ لَها شَيْءٌ مِن الثُّلُثَيْنِ.

فَصْلٌ

الأبُ يَرِثُ بفَرْضٍ إذا كان معه ابنٌ أو ابنُ ابنٍ وبِتَعْصيبٍ إذا لم يَكُنْ ولَدٌ ولا ولَدُ ابنٍ، وبِهما إذا كان بِنْتٌ أو بِنْتُ ابنٍ له السُّدُسُ فَرْضًا والباقي بعد فَرْضِهما ....

فالاستثناءُ مُنْقَطِعٌ لأنّهنّ مع وجودِه لَسنَ بخُلَّصٍ ويصحُّ كونُه مُتَّصِلًا بجَعْلِ الخُلَّصِ مقصورًا على مَنْ ليس معهنّ أخ وحينئذٍ يختَصُّ المُساوي الذي أشرنا لِدخولِه بابنِ العمِّ وفيه ما فيه.

(ذكرٌ فيعصِبُهُنّ) لِتعذُّرِ إسقاطِه لِكونِه عصبةً ذكرًا وحيازَتُه مع بُعْدِه أو مُساواتُه فأخذَ الواحدُ منه مثلي نصيبِ الواحدةِ منهنّ.

ويُسَمَّى الأخ المُبارَك. (وأولادُ ابنِ الابنِ مع أولادِ الابنِ كأولادِ الابنِ مع أولادِ الصُّلْبِ) في جميعِ ما مَرَّ (وكذا سائرُ المنازِلِ) فلِكلِّ ذي دَرَجةٍ نازِلةٍ مع أعلى منها حكمُ ما ذُكِرَ (وإنّما يعصِبُ الذكرُ النازِلُ مَنْ في دَرَجَته) كأختِه وبنت عَمّه فيأخُذُ مثليها استَغْرقَ الثُّلُثانِ أم لا وخرج بمَنْ في دَرَجَته مَنْ هي أسفَلُ منه فإنّه يُسقِطُها (ويعصِبُ مَنْ) هي (فوقَه إنْ لم يكن لها شيءٌ من الثُّلُثَين) كبنتَين وبنت ابنٍ وابنِ ابنِ ابنٍ بخلافِ ما إذا كان لها منهما شيءٌ كبنتٍ وبنت ابنٍ وابنِ ابنِ ابنٍ فلها السُّدُسُ وتَستَغْني به وله الثُّلُثُ الباقي، ولو كان في هذا المِثالِ بنتُ ابنِ ابنٍ أيضًا قُسِّمَ الثُّلُثُ بينهما؛ لأنّ هذه لا شيءَ لها في السُّدُسِ الذي هو تَكْمِلةُ الثُّلُثَين فعصَبَها قالوا وليس لَنا مَنْ يعصِبُ أختَه وعَمَّتَه وعَمّةَ أبيه وجَدَّه وبَنات أعمامِه وأعمامَ أبيه وجَدَّه إلا المُستَقِلُّ من أولادِ الابنِ.

فصل في كيفيّةِ إرْثِ الأُصولِ

وقَدَّمَ الفُروعَ؛ لأنّهم أقوى (الأبُ يَرِثُ بفرضٍ) فقط هو السُّدُسُ غيرَ عائِلٍ (إذا كان معه ابنٌ أو ابنُ ابنٍ) وارِثٌ أو بنتانِ وأُمٌّ وعائِلًا إذا كان معه بنتانِ وأُمٌّ وزوجٌ (و) يَرِثُ (بتعصيبٍ) فقط (إذا لم يكن) معه (ولَدٌ ولا ولَدُ ابنٍ) سواءٌ انفرَدَ أو كان معه ذو فرضٍ آخرَ كزوجةٍ أو أُمٍّ أو جَدّةٍ (و) يَرِثُ (بهما إذا كان) معه (بنتٌ أو بنتُ ابنٍ) أو هما أو بنتانِ أو بنتا ابنٍ (له السُّدُسُ فرضًا والباقي بعدَ فرضِهِما) أي فرضِ الأبِ وفرضِ البنت أو وفرضِ بنت الابنِ قيلَ لا يصحُّ إفرادُ الضّميرِ وإنْ وجَبَ بعدَ العطْفِ بأو لاقتضائِه أنّه عندَ اجتماعِهِما يأخُذُ الباقيَ بعدَ فرضِ إحداهما انتهى وهو صحيحٌ إلا قوله وأنّ إلى آخِرِه بناءً على أنّ الضّميرَ كما تقرّر في حِلّه للأبِ والبنت أو وبنت الابنِ ولم يسبِقْ في هذينِ قولَ المُحشّي قولُه: أو بعدَ فرضَي البنت وبنت الابنِ ليس هذا في النُّسَخِ بأيدينا اهـ عَطَفَ بأو على أنّها تَدْخُلُ في عبارَته ويصحُّ شُمولُ عبارَته للبنت وبنت الابنِ فيصحُّ ما قاله ويُرَدُّ عليه فَرَضا البنتَين وبنتَي

بالعُصوبةِ. وَللأُمِّ الثُّلُثُ أو السُّدُسُ في الحالَيْنِ السّابِقَيْنِ في الفُروضِ ولها في مَسْألَتَيْ زَوْجٍ أو زَوْجةٍ وأبَوَيْنِ ثُلُثُ ما بَقِيَ بعد الزَّوْجِ أو الزَّوْجةِ، والجدُّ كالأبِ إلّا أنّ الأبَ يُسْقِطُ الإخْوةَ والأخَواتِ، والجدُّ يُقاسِمُهم إنْ كانوا لأبَوَيْنِ أو لأبٍ، والأبُ يُسْقِطُ أُمَّ نفسِه ولا يُسْقِطُها الجدُّ والأبُ في زَوْجٍ أو زَوْجةٍ وأبَوَيْنِ يَرُدُّ الأمَّ مِن الثُّلُثِ إلى ثُلُثِ الباقي ولا يَرُدُّها الجدُّ ....

الابنِ فإنّ له ما فضَلَ عن فرضِهما أيضًا (بالعُصوبةِ) للخبرِ السّابِقِ آنِفًا، (وللأُمِّ الثُّلُثُ أو السُّدُسُ في الحالينِ السّابِقين في الفُروضِ) وذُكِرَ تَتْميمًا وتوطِئةً لِقولِه (ولها في مسألَتَيْ زوجٍ أو زوجةٍ وأبوَين ثُلُثُ ما بَقِيَ بعدَ الزوجِ) أصلُها من اثنين لِلزوجِ واحدٌ يبقى واحدٌ على ثلاثةٍ لا يصحُّ ولا يوافِقُ تَضرِبُ اثنين في ثلاثةٍ لِلزوجِ ثلاثةٌ وللأبِ اثنانِ وللأُمِّ واحدٌ ثُلُثُ ما بَقِيَ (أو الزوجةِ) أصلُها من أربَعةٍ؛ لأنّ فيها رُبُعًا وثُلُثُ ما يبقى ومنها تَصِحُّ لِلزوجةِ واحدٌ وللأُمِّ ثُلُثُ الباقي وللأبِ الباقي وجُعِلَ له ضِعْفاها؛ لأنّ كلَّ أنثى مع ذكرٍ من جنسِها له مثلاها، وقال ابنُ عَبّاسٍ بعدَ إجماعِ الصّحابةِ على ما تقرّر، وخَرْقُ الإجماعِ إنّما يحرُمُ على مَنْ لم يكن موجودًا عندَه كما يأتي في العولِ لها الثُّلُثُ كامِلًا لِظاهرِ القُرآنِ وأجابَ الآخرون بتخصيصِه بغيرِ هذينِ الحالينِ لِنصِّ القُرآنِ على أنّ له مثليها عندَ انفِرادِهما فكذا عندَ اجتماعِ غيرِهما معهما إذْ لا يُتعقَّلُ بين الحالينِ فرقٌ ولم يُعَبِّروا بسُدُسٍ في الأوّلِ ورُبُعٍ في الثاني تأدُّبًا مع ظاهرِ لفظِ القُرآنِ وزعم أنّه لا تأدُّبَ مع مُخالَفة معناه ليس في مَحلِّه؛ لأنّ المُخالَفة لِلدَّليلِ كما هنا واجبةٌ فلِتعذُّرِ مُخالَفة المعنى وإمكانِ موافَقة اللّفظِ كانت الموافَقة له تأدُّبًا أيَّ تأدُّبٍ وتُلَقَّبانِ بالغرّاوَين تَشبيهًا لهما بالكوْكبِ الأغرِّ أي المُضيءِ لِشهرتِهما وبالغريبَتَين؛ لأنّه لا نظيرَ لهما وبالعُمَريَّتَين لِقَضاءِ عمرَ رضي الله عنه فيهما بذلك.

(والجدُّ كالأبِ) في جميعِ ما تَقدَّمَ حتى في جمعِه بينهما فيما مَرَّ، وقيلَ لا يأخُذُ في هذه إلا بالتعصيبِ ومن فوائِدِ الخلافِ ما لو أوصَى بشيءٍ مِمّا يبقى بعدَ الفرضِ أو بمثلِ فرضِ بعضِ ورَثَته أو بمثلِ أقَلِّهم نصيبًا فإذا أوصَى لِزَيْدٍ بثُلُثِ ما يبقى بعدَ الفرضِ ومات عن بنتٍ وجَدٍّ فعلى الأوّلِ هي لِزَيْدٍ بثُلُثِ الثُّلُثِ وعلى الثاني بثُلُثِ النّصفِ ولا يَرِدُ عليه جمعُ زوجٍ هو ابنُ عَمٍّ أو مُعتقٍ وزوجةٌ مُعتقة بين الفرضِ والتعصيبِ؛ لأنّه بجهتَين والكلامُ في جمعِهما بجِهةٍ واحدةٍ (إلا أنّ الأب يُسقِطُ الإخوةَ والأخوات) للمَيِّت كما مَرَّ.

(والجدُّ يُقاسِمُهم إنْ كانوا لأبوَين أو لأبٍ) كما يأتي تفصيلُه (والأبُ يُسقِطُ أُمَّ نفسِه)؛ لأنّها تُدْلي به (ولا يُسقِطُها) أي أُمَّ الأبِ (الجدُّ)؛ لأنّها لا تُدْلي به (والأبُ في زوجٍ أو زوجةٍ وأبوَين يَرُدُّ الأُمَّ من الثُّلُثِ إلى ثُلُثِ الباقي ولا يَرُدُّها الجدُّ) بل تأخُذُ الثُّلُثَ كامِلًا؛ لأنّه لا يُساويها فلا يلزمُ تفضيلُها عليه ولا يَرِدُ على حَصْرِه أنّ جَدَّ المُعتقِ يحجُبُه أخو المُعتقِ وابنُ أخيه وأبو المُعتقِ يحجُبُهما؛ لأنّه سيذكرُ ذلك بقولِه لكن الأظهرُ إلى آخِرِه وأنّ الأب لا يَرِثُ معه إلا جَدّةٌ واحدةٌ والجدُّ يَرِثُ معه جدَّتانِ؛ لأنّه

وَللجَدّةِ السُّدُسُ، وكذا الجدّاتُ وتَرِثُ منهُنّ أُمُّ الأُمِّ وأُمَّهاتُها المُدْلياتُ بإناثٍ خُلَّصٍ، وأُمُّ الأبِ وأُمَّهاتُها كَذلك وكذا أُمُّ أبي الأبِ وأُمُّ الأجْدادِ فَوْقَه وأُمَّهاتُهُنّ على المشْهورِ، وضابِطُه كُلُّ جَدّةٍ أدْلَتْ بمَحْضِ إناثٍ أو ذُكورٍ أو إناثٍ إلى ذُكورٍ تَرِثُ، ومَنْ أدْلَتْ بذَكَرٍ بين أُنْثَيَيْنِ فلا.

فَصْلٌ

الإخْوةُ والأخَواتُ لأبَوَيْنِ إن انْفَرَدوا ورِثوا كأولادِ الصُّلْبِ، وكذا إنْ كانوا لأبٍ إلّا في المُشَرَّكةِ، وهي زَوْجٌ وأُمٌّ ....

معلومٌ من قولِه والأبُ يُسقِطُ إلى آخِرِه وأبو الجدِّ ومَنْ فوقَه كالجدِّ في ذلك وكلُّ جَدٍّ يحجُبُ أُمَّ نفسِه ولا يحجُبُها مَنْ هو فوقَه فكلُّ ما عَلا الجدَّ دَرَجةً زاد معه جَدّةٌ وارِثةٌ فيَرِثُ مع الجدِّ جَدَّتانِ ومع أبي الجدِّ ثلاثٌ ومع جَدِّ الجدِّ أربَعٌ وهَكذا.

(وللجَدّةِ السُّدُسُ) لِما تَقَدَّمَ **(وكذا الجدّاتُ)** أي الجدَّتانِ فأكثرُ؛ لأنّ المُرادَ بالجمعِ في هذا البابِ ما فوقَ الواحدِ وذلك للحديثِ الصّحيحِ أنّه ﷺ **«قضى للجَدّتَين من الميراثِ بالسُّدُسِ بينهما»**[1] وفي مُرْسَلٍ أنّه أعطاه لِثلاثِ جَدّاتٍ وعليه إجماعُ الصّحابةِ **(وتَرِثُ منهنّ أُمُّ الأُمِّ وأُمَّهاتُها المُدْلياتُ بإناثٍ خُلَّصٍ)** كأُمِّ أُمِّ الأُمِّ وإنْ عَلَت اتِّفاقًا ولا تَرِثُ من جِهةِ الأُمِّ إلا واحدةٌ دائِمًا **(وأُمُّ الأبِ وأُمَّهاتُها كذلك)** أي المُدْلياتُ بإناثٍ خُلَّصٍ لِما صَحَّ عن أبي بكرٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنّه قسَّمَ السُّدُسَ بين أُمِّ الأُمِّ وأُمِّ الأبِ لِما قيلَ له، وقد آثَرَ به الأولى أعطَيْت التي لو ماتتْ لم يَرِثْها ومَنعت التي لو ماتتْ ورِثَها **(وكذا أُمُّ أبِ الأبِ وأُمُّ الأجدادِ فوقَه وأُمَّهاتُهنّ)** يَرِثْنَ **(على المشهورِ)**؛ لأنّهُنّ يُدْلين بوارِثٍ فهُنّ كأُمِّ الأبِ لا كأُمِّ أبي الأُمِّ **(وضابِطُه)** أي إرْثِهِنّ المعلومِ من السّياقِ أنْ تقولَ **(كلُّ جَدّةٍ أدْلَتْ بمحضِ إناثٍ)** كأُمِّ أُمِّ أُمٍّ **(أو)** بمحضِ **(ذُكورٍ)** كأُمِّ أبي الأبِ **(أو)** بمحضِ **(إناثٍ إلى ذُكورٍ)** كأُمِّ أُمِّ أبٍ **(تَرِثُ ومَنْ أدْلَتْ بذكرٍ بين أنثيين)** كأُمِّ أبي الأُمِّ **(فلا)** تَرِثُ وحَكى ابنُ المُنْذِرِ الإجماعَ على ذلك.

فصل في إرْثِ الحواشي

(الإخوةُ والأخواتُ لأبوَين إذا) وفي نُسخةٍ إنْ **(انفرَدوا)** عن الإخوةِ والأخوات لأبٍ **(ورِثوا كأولادِ الصُّلْبِ)** فيأخُذُ الواحدُ فأكثرُ كلَّ المالِ أو الباقيَ والواحدةُ نصفَه والثِّنْتانِ فأكثرُ ثُلُثَيْه والمُجْتَمِعون الذّكرُ مثلَ حَظِّ الأنثيَين وقَدَّمَ أنّ الابنَ لا يُحْجَبُ بخلافِ الشّقيقِ فلا يُرَدُّ عليه هنا **(وكذا إنْ كانوا لأبٍ)** وانفرَدوا عن الأشِقّاءِ فيأخُذون المالَ كما ذُكِرَ إجماعًا **(إلا)** استثناءٌ مِمّا تَضَمَّنَه كلامُه أنّ الأخواتِ لأبٍ كالأشِقّاءِ **(في المُشَرَّكةِ)** بفتحِ الرّاءِ المُشَدَّدةِ، وقد تُكْسَرُ **(وهي زوجٌ وأُمٌّ)** أو جَدّةٌ

---

(١) [ضعيف] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٦/ ٣٢٦]، وغيره من حديث: عبادة بن الصامت رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.
قلتُ: حديث ضعيف. ينظر: (إرواء الغليل) للألباني [رقم/ ١٦٨١].

وولدا أمٍّ وأخٌ لأبوين، فيشارك الأخُ ولدي الأمِّ في الثلث، ولو كان بدلَ الأخِ أخٌ لأبٍ سقط، ولو اجتمع الصنفان فكاجتماعِ أولادِ صلبٍ وأولادِ ابنِه إلّا أنّ بناتِ الابنِ يعصّبهنّ من في درجتهنّ أو أسفل، والأختُ لا يعصّبها إلّا أخوها، وللواحدِ من الإخوةِ أو الأخواتِ لأمٍّ السدسُ، ولاثنين فصاعدًا الثلثُ سواءٌ ذكورهم وإناثهم. والأخواتُ لأبوين أو لأبٍ مع البناتِ، وبناتِ الابنِ عصبةٌ كالإخوةِ، فتُسقطُ أختٌ لأبوين مع البنتِ الأخواتِ لأبٍ، وبنو الإخوةِ لأبوين أو لأبٍ كلٌّ منهم كأبيه اجتماعًا وانفرادًا لكن يخالفونهم في أنّهم لا يردّون الأمَّ ....

(و ولدا أمٍّ) فأكثرُ (وأخٌ) فأكثرُ (لأبوين) سواءٌ أكانوا ذكورًا أم ذكورًا وإناثًا (فيشارك الأخُ) الشقيقُ فأكثرُ (ولدي الأمِّ في الثلثِ) بأخوّةِ الأمِّ فيأخذُ كواحدٍ منهم الذكرُ والأنثى في ذلك سواءٌ لاشتراكهم في القرابةِ التي ورثوا بها وهي بنوّةُ الأمِّ، وقيلَ يسقطُ الشقيقُ؛ لأنّه عصبةٌ ولم يَبْقَ له شيءٌ (ولو كان بدلَ الأخِ) لأبوين (أخٌ لأبٍ) وحدَه أو مع أختِه أو أختيه (سقطَ) هو وهنّ إجماعًا لفقدِ قرابةِ الأمِّ ويُسمّى الأخ المشئومَ، أو أختٌ أو أختانِ لأبٍ فُرِضَ لها النصفُ ولهما الثلثانِ وعالَتْ كما لو كانت شقيقة أو شقيقتانِ، (ولو اجتمع الصنفانِ) أي الأشقاءُ والإخوةُ لأبٍ (فكاجتماعِ أولادِ الصلبِ وأولادِ ابنِه) فإنْ كان الشقيقُ ذكرًا حجبَهم إجماعًا أو أنثى فلها النصفُ أو أكثرُ فلهما الثلثانِ، ثمّ إنْ كان ولدُ الأبِ ذكرًا أو مع إناثٍ أخذوا الباقيَ لِلذّكرِ مثلُ حظِّ الأنثيين أو أنثى أو أكثرُ فلها أو لهما مع شقيقة السدسُ تكملةَ الثلثين ومع شقيقتين لا شيءَ لهما إلا إنْ كان معهما أخٌ يعصّبهما ويُسمّى الأخ المبارَك لا ابنَ أخٍ كما قال (إلا أنّ بناتِ الابنِ يعصّبهنّ مَن في درجتهنّ أو أسفلَ) كما مرَّ، (والأختُ لا يعصّبها إلا أخوها) بخلافِ ابنِ أخيها بل الكلُّ له دونَها، والفرقُ أنّ ابنَ الأخِ لا يعصّبُ أختَه فعمّتُه أولى، وابنُ الابنِ يعصّبُ عمّتَه فأختُه أولى.

(وللواحدِ من الإخوةِ والأخواتِ لأمٍّ السدسُ ولِلاثنين فصاعدًا الثلثُ) كما مرَّ وذُكِرَ توطئةً لِقولِه (سواءٌ ذكورُهم وإناثُهم) إجماعًا إلا روايةً شاذّةً عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما ولأنّ إرثَهم بالرّحِم كالأبوين مع الولدِ وإرثُ غيرِهم بالعصوبةِ وهي تقتضي تفضيلَ الذّكرِ وهذا أحدُ الأحكامِ الخمسةِ التي تميّزوا بها والبقيّةُ أنّ ذكرهم المنفردَ كأنثاهم المنفردةِ وأنّهم يرثون مع مَنْ يُدلون به وأنّهم يحجبون مَنْ يُدلون به حجبَ نقصانٍ وإنّ ذكرَهم يُدلي بأنثى ويرثُ، (والأخواتُ) أو الأختُ (لأبوين أو لأبٍ مع) البنت أو (البنات) ومع بنت الابنِ (أو بناتِ الابنِ عصبةٌ كالأخوةِ) إجماعًا إلا ما حُكيَ عن ابنِ عبّاسٍ وغيرِه أنّه لا ترثُ أختٌ مع بنتٍ بل الباقي للعصبةِ كابنِ الأخِ أو العمِّ وإذْ كُنّ عصبةً (فتُسقطُ أختٌ لأبوين مع البنتِ) أو بنت الابنِ (الأخواتِ لأبٍ) كما يُسقطُ الشقيقُ الأخَ لأبٍ.

(وبنو الإخوةِ لأبوين أو لأبٍ كلٌّ منهم كأبيه اجتماعًا وانفرادًا) فيستغرقُ الواحدُ أو الجمعُ المالَ إن انفردَ وإلا أسقطَ ابنُ الشقيقِ ابنَ الأخِ لأبٍ (لكن يخالفونهم) أي آباءَهم (في أنّهم لا يردّون الأمَّ) من

إلى السُّدُسِ ولا يَرِثونَ مع الجدِّ ولا يُعَصِّبونَ أخَواتِهم ويَسْقُطونَ في المُشَرَّكَةِ. والعمُّ لأبَوَيْنِ ولأبٍ كأخٍ مِن الجِهَتَيْنِ اجْتِماعًا وانْفِرادًا وكذا قياسُ بَني العمِّ وسائِرِ عَصَبةِ النَّسَبِ، والعصَبةُ مَنْ ليس له سَهْمٌ مُقَدَّرٌ مِن المُجْمَعِ على تَوْريثِهم، فيَرِثُ المالَ أو ما فَضَلَ بعد الفُروضِ.

الثُّلُثِ (إلى السُّدُسِ) وفارَقوا ولَدَ الولدِ بأنّه يُسَمَّى ولَدًا مَجازًا مَشْهورًا بل حَقيقة وابنُ الأخِ لا يُسَمَّى أخًا كذلك (ولا يَرِثون مع الجدِّ) إجماعًا؛ لأنّه كأخٍ والأخُ يُسقِطُهم (ولا يُعَصِّبون أخواتهم)؛ لأنّهُنّ من ذَوي الأرحامِ لِتَراخي قُربهم مع ضَعْفِ الأنوثةِ (ويسقُطون في المُشَرَّكةِ) أي أولادُ الإخوةِ الأشِقّاءِ كما صرّح به أصلُه وعُلِمَ مِمّا مَرَّ أنّ أولادَ الأبِ يسقُطون فيها فأولى أبناءُ الأشِقّاءِ المحجوبون بهم وذلك؛ لأنّ مأخذَ التّشريكِ قرابةُ الأمِّ وابنُ ولَدِ الأمِّ لا يَرِثُ وفي أنّ أولادَ الأشِقّاءِ لا يحجُبون الإخوةَ لأبٍ بخلافِ الأشِقّاءِ وأنّ الأخ لأبٍ يحجُبُ ابنَ الشّقيقِ وابنُه لا يحجُبُه وإنّ بَني الإخوةِ لا يَرِثون مع الأخوات إذا كُنّ عَصَباتٍ مع البنات بخلافِ آبائِهم وهذه الثلاثةُ عُلِمت من كلامِه كما يظهرُ بأدْنى تأمُّلٍ.

(والعمُّ لأبوَين أو لأبٍ) سواءٌ عَمُّ الميّت وعَمُّ أبيه وعَمُّ جَدِّه وهَكذا (كالأخِ من الجهتَين اجتماعًا وانفِرادًا) فيأخُذُ الواحدُ فأكثرُ منهم المالَ أو ما بَقِيَ ويُسقِطُ العمُّ الشّقيقُ العمَّ للأبِ وهو يُسقِطُ بَني الشّقيقِ ومَرَّ ما يُعْلَمُ منه أنّ بَني الإخوةِ من الجهتَين يحجُبون الأعمامَ (وكذا قياسُ بَني العمِّ) لأبوَين أو لأبٍ فيحجُبُ بَنو العمِّ الشّقيقِ بَني العمِّ لأبٍ (وسائِرُ) أي باقي (عصبةِ النَّسَبِ) كبَني بَني الإخوةِ وبَني بَني العمِّ وهَكذا فكلُّ ابنٍ منهم كأبيه وليس بعدَ بَني الأعمامِ عصبةٌ وبَنو الأخوات العصبةِ ليسوا مثلَهُنّ ولا يَرِدُ عليه؛ لأنّ الكلامَ في العصبةِ بنفسِه بل يُتأمّلُ أنّ أولادَهُنّ خَرَجوا بقولِه عصبةُ النّسَبِ يندَفِعُ الإيرادُ من أصلِه، (والعصبةُ) بنفسِه وبِغيرِه ومع غيرِه وهو يشمَلُ الواحدَ والمُتعدِّدَ والذّكرَ والأنثى (مَنْ ليس له سهمٌ مُقَدَّرٌ) حالةَ تعصيبه من جِهةِ التعصيبِ (من المُجْمَعِ على توريثِهم) خرج بمُقَدَّرٍ ذو الفرضِ وبِما بعدَه ذَوو الأرحامِ بناءً على أنّ مَنْ ورَّثَهم لا يُسَمّيهم عصبةً.

وفيه خلافٌ بل على مذهبِ أهلِ التنزيلِ ينقَسِمون إلى ذَوي فرضٍ وعَصَباتٍ ودخل في الحدِّ بمُراعاةِ قولِنا حالةُ تعصيبه إلى آخِرِه البنتُ مع الابنِ والأختُ مع البنت والأبِ والجدِّ وابنِ العمِّ الذي هو أخٌ لأمٍّ أو زوجٌ فإنّ أخذَهم للفرضِ ليس في حالةِ التعصيبِ ولا يُنافي ما قرّرْته من شُمولِ الحدِّ لِلثّلاثةِ تفريعُه ما يختَصُّ بالعاصِبِ بنفسِه أو بنفسِه وبِغيرِه وهو قولُه (فيَرِثُ المالَ) المُخَلَّفَ كلَّه إذا لم يكن معه ذو فرضٍ؛ لأنّهم قد لا يُلاحِظون في التّفريع بعضَ ما سبَقَ على أنّ الآخرين يَرِثُ كلٌّ منهما على حِدَته كلَّ المالِ إذا لم ينتَظِم أمرُ بيت المالِ وذلك للخبرِ السّابِقِ فما أبقت الفُروضُ فلأولى رجلٍ ذكرٍ (أو ما فضَلَ بعدَ الفُروضِ) أو الفرضِ وهذا يَعُمُّ الأنواعَ الثلاثةَ.

فَصْلٌ

مَنْ لا عَصَبَةَ له بنَسَبٍ وله مُعْتِقٌ فَمالُه أو الفاضِلُ عَنِ الفُرُوضِ له رَجُلاً كان أو امرأةً، فإنْ لم يَكُنْ فَلِعَصَبَتِه بنَسَبِ المُتَعَصِّبينَ بأنْفُسِهم لا لِبِنْتِه وأُخْتِه، وتَرْتِيبُهم كتَرْتِيبِهم في النّسَبِ لكِن الأظْهَرُ أنّ أخا المُعْتِقِ وابنَ أخيه يُقَدَّمانِ على جَدِّه، فإنْ لم يَكُنْ له عَصَبَةٌ فَلِمُعْتِقِ المُعْتِقِ، ثم عَصَبَتُه كَذلك، وَلا تَرِثُ امرأةٌ بوَلاءٍ إلّا مُعْتَقَها أو مُنْتَمِيًا إليه بنَسَبٍ أو ولاءٍ.

فصل في الإرثِ بالولاءِ

(مَنْ لا عصبةَ له بنَسَبٍ وله مُعتقٌ) استقَرَّ ولاؤُه عليه فخرج عَتيقٌ حربيٌّ رِقٌّ وعَتَقَه مسلمٌ فإنّه الذي يَرِثُه على النّصّ (فمالُه) كلُّه (أو الفاضِلُ عن الفُروضِ) أو الفرضِ (له) وسيُعْلَمُ مِمّا سيذكرُه أنّه يَلْحَقُ بالعتيقِ كلُّ مُنْتَسِبٍ إليه (رجلًا كان) المُعتقُ (أو امرأةً) للحديثِ الصّحيحِ «إنما الولاءُ لِمَنْ أعتقَ» وللإجماعِ (فإنْ لم يكن) أي يوجَد المُعتقُ مُطْلَقًا أو بصِفة الإرثِ (ف) المالُ (لِعصبته) أي المُعتقِ (بنَسَبِ المُتعصِّبين بأنفُسِهم لا لِبنته) العصبةِ بغيرِها (وأخته) العصبةِ مع غيرِها؛ لأنّ الولاءَ أضْعَفُ من النّسَبِ المُتراخي وإذا تَراخَى النّسَبُ لم تَرِثْ الأنثى كبنت الأخِ والعمِّ وعُلِمَ من تفسيري يكن بما مَرَّ رَدُّ ما أورَدَه البُلْقينيُّ وغيرُه عليه من أنّ كلامَه صريحٌ في أنّ الولاءَ لا يَثْبُتُ للعصبةِ في حياةِ المُعتقِ بل بعدَ موته وليس كذلك بل هو ثابتٌ لهم في حياته حتى لو كان مسلمًا وأعتقَ نصْرانيًّا ثمّ مات ولِمُعتقِه أولادٌ نصارى ورِثوه مع حياةِ أبيهم (وترتيبُهم) هنا (كترتيبهم في النّسَبِ) فيُقَدَّمُ عندَ موت المُعتقِ ابنٌ فابنُه وإنْ سفَلَ الأقربُ فالأقربُ فأبٌ فجدٌّ وإنْ عَلا فبَقيّةُ الحواشي كما مَرَّ (لكن الأظهرُ أنّ أخا المُعتقِ) لأبوَين أو لأبٍ (وابنُ أخيه) كذلك (يُقَدَّمانِ على جَدِّه) هنا وفي النّسَبِ الجدُّ يُشارِكُ الأخ ويسقُطُ ابنُ الأخِ أمّا في الأوّلِ فلأنّ تعصيبَ الأخِ يُشْبِه تعصيبَ الابنِ لإدْلائِه بالبُنوّةِ وهي مُقَدَّمةٌ على الأُبوّةِ وكان قياسُ ذلك أنّه في النّسَبِ كذلك لكن صَدَّ عنه الإجماعُ وأمّا في الثانيةِ فلِقوّةِ البُنوّةِ كما يُقَدَّمُ ابنُ الابنِ وإنْ سفَلَ على الأبِ ويَجْري ذلك في عَمِّ المُعتقِ أو ابنِه وأبي جَدِّه فيُقَدَّمُ عَمُّه أو ابنُ عَمِّه وفي كلِّ عَمٍّ اجتَمع مع جَدٍّ.

وقد أدْلى ذلك العمُّ بأبٍ دون ذلك الجدِّ وضَمَّ في الروضةِ لِتَينك ما إذا كان للمُعتَقِ ابنا عَمٍّ أحدُهما أخٌ لأُمٍّ فإنّه يُقَدَّمُ وفي النّسَبِ يستَويانِ فيما يبقى بعدَ فرضِ أُخوّةِ الأُمِّ؛ لأنّه لَمّا أخذَ فرضَها لم تصلُحْ لِلتَّقْويةِ وهنا لا فرضَ لها فتَمَحَّضَتْ لِلتَّرْجيحِ (فإنْ لم يكن له عصبةٌ فلِمُعتقِ المُعتقِ، ثمّ عصبته) من النّسَبِ (كذلك) أي كالتّرتيبِ السّابِقِ في عصبةِ المُعتقِ فإنْ فُقِدوا فلِمُعتقِ مُعتقِ المُعتقِ ثمّ لِعصبته وهَكذا، ثمّ لِبيت المالِ.

(ولا تَرِثُ امرأةٌ بولاءٍ إلا مُعتقَها) بفتحِ التّاءِ ومنه خلافًا لِمَنِ اعتَرَضَ المتنَ أبوها أو ابنُها إذا مَلَكَتْه فعتَقَ قهرًا وقَهْريّةُ عتقِه عليها لا تُخْرِجُه عن كونِه مُعتَقَها شرعًا؛ لأنّ قبولها لِنحوِ شرائِه بمنزلةِ قولِها له وهو في ملكِها أنتَ حُرٌّ (أو مُنْتَميًا إليه بنَسَبٍ) كابنِ ابنِه وإنْ سفَلَ (أو ولاءٍ) كعَتيقِه وعَتيقِ عَتيقِه

فَصْلٌ

إذا اجْتَمع جَدٌّ وإخْوةٌ وأخَواتٌ لأبَوَيْنِ أو لأَبٍ، فإنْ لم يَكُنْ معهم ذو فَرْضٍ فَلَه الأَكْثَرُ من ثُلُثِ المالِ، ومُقاسَمَتُهم كأخٍ، فإنْ أخَذَ الثُّلُثَ فالباقي لهم، ....

وهَكذا؛ لأنّ النّعْمةَ على الأصلِ نِعْمةٌ على فُروعِه فلو اشترت امرَأةٌ أباها وعَتَقَ عليها، ثمّ هو عبدًا وأعتَقَه فمات الأبُ عنها وعن ابنٍ مثلاً، ثمّ عَتيقُه عنهما فميراثُه لِلابنِ دونَها؛ لأنّه عصبةُ مُعتقٍ من النّسَبِ بنفسِه وهي مُعتقة مُعتقٍ والأولى مُقَدَّمةٌ قيلَ أخطأ في هذه أربَعِمائةِ قاضٍ غيرُ المُتَفَقِّهةِ حيثُ قدَّموها.

فصل في أحكامِ الجدِّ مع الإخوةِ

إذا (اجتَمع جَدٌّ) وإنْ عَلا (وإخوةٌ وأخواتٌ لأبوَين أو لأبٍ) ففيه خلافٌ مُنْتَشِرٌ بين الصّحابةِ رضوان الله عليهم ومن ثَمَّ عَدّوا الكلامَ فيه خَطيرًا حتى قال عمرُ وعَليٌّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أجرَؤُكم على قسم الجدِّ أجرَؤُكم على النّارِ وقال عَليٌّ مَنْ سرَّه أنْ يقتحِمَ جَراثيمَ جَهَنّمَ بحُرِّ وجهِه فليقضِ بين الجدِّ والإخوةِ وقال ابنُ مسعودٍ سلوني عَمّا شِئتُم من عَضْلِكُم ولا تَسألوني عن الجدِّ لا حَيّاه اللّه ولا بَيّاه والحاصِلُ أنّهم أجمَعوا على أنّهم لا يُسقِطونَه، ثمّ قال كثيرٌ من الصّحابةِ وأكثرُ التّابِعين أنّه يحجُبُهم كالأبِ وذَهَبَ إليه أبو حَنيفة واختارَه جمعٌ من أصحابِنا وقال الأئِمّةُ الثلاثةُ ككثيرٍ من الصّحابةِ إنّه يُقاسِمُهم على تفصيلٍ فيه حاصِلُه أنّه متى اجتَمع معهم (فإنْ لم يكن معهم ذو فرضٍ فله الأكثرُ من ثُلُثِ المالِ ومُقاسَمَتِهم كأخٍ)؛ لأنّه اجتَمع فيه جهتا فرضٍ وتعصيبٍ، ووجه خُصوصِ الثُّلُثِ أنّه مع الأُمِّ يأخُذُ مثليها والإخوةُ لا ينقُصونَها عن السُّدُسِ فوَجَبَ أنْ لا ينقُصوه عن ضَعْفِه والمُقاسَمةُ أنّه مُستوٍ معهم في الإدْلاءِ بالأبِ (فإنْ أخذَ الثُّلُثَ فالباقي لهم) لِلذَّكرِ مثلُ حَظِّ الأنثيَين، ثمّ إنْ كانوا مثليه لِكونِهم أخوَين أو أخًا وأختَين أو أربَعَ أخواتٍ استَوَيا ثمّ قيلَ يحكُمُ على مأخوذِه بأنّه الثُّلُثُ فرضًا وصَحَّحَه ابنُ الهائِمِ ونَقَله ابنُ الرِّفعةِ عن ظاهرِ نصِّ الأُمِّ، ووجهُه أنّه مهما أمكنَ الأخذُ بالفرضِ كان أولى لِقوَّته وتقديمِ صاحِبه، وقيلَ بل هو تعصيبٌ وهو ظاهرُ كلامِ الرّافِعيِّ رَحِمَهُ اللهُ واعتمده الزّركشيُّ قال وقد تَضَمَّنَ كلامُ ابنِ الرِّفعةِ نَقْلاً عن بعضِهم أنّ جُمْهورَ أصحابِنا عليه انتهى لكن قولُ المتنِ السّابِقُ، وقد يُفْرَضُ للجَدِّ مع الإخوةِ صريحٌ في الأوّلِ.

وقولُ السُّبْكيِّ رَحِمَهُ اللهُ لو أخذَ بالفرضِ لأخذَت الأخواتُ الأربَعُ فأكثرُ في الصّورةِ الثالِثةِ الثُّلُثَين بالفرضِ لِعدمِ تعصيبِه لهنّ ولَفُرِضَ لهنّ إذا كان ثَمَّ ذو فرضٍ يُجابُ عنه بأنّ تَغْليبَ أخذِه بالفرضِ نَظَرًا لِما فيه من جِهةِ الوِلادةِ كالأُمِّ المنصوصِ عليه فيها لا يقتضي قطعَ النّظَرِ عَمّا فيه من جِهةِ التعصيبِ للأخوات نظيرُ ما يأتي في الأكدَريّةِ وينبني عليهما ما لو أوصَى بجُزْءٍ بعدَ الفرضِ أو دون مثليه لِكونِهم أختًا أو أخًا أو أختَين أو ثلاثَ أخواتٍ أو أخًا وأختًا فالمُقاسَمةُ خيرٌ له أو فوقَ مثليه وذلك فيما عدا الأمثِلةَ المذكورةَ فالثُّلُثُ خيرٌ له.

وإنْ كان فَلَه الأكْثَرُ من سُدُسِ التَّركةِ وثُلُثِ الباقي والمُقاسَمةِ، وقد لا يَبْقَى شَيْءٌ كَبِنْتَيْنِ وأُمٍّ وزَوْجٍ فَيُفرَضُ له سُدُسٌ ويُزادُ في العوْلِ، وقد يَبْقَى دونَ سُدُسٍ كَبِنْتَيْنِ وزَوْجٍ فَيُفرَضُ له وتُعالُ، وقد يَبْقَى سُدُسٌ كَبِنْتَيْنِ وأُمٍّ فَيَفوزُ به الجدُّ، وتَسْقُطُ الإخوةُ في هَذِهِ الأحْوالِ ولو كان مع الجدِّ إخْوةٌ وأخَواتٌ لأبَوَيْنِ ولأبٍ فَحُكْمُ الجدِّ ما سَبَقَ ويُعَدُّ أولادُ الأبَوَيْنِ عليه أولادَ الأبِ في القِسْمةِ، فإذا أخَذَ حِصَّتَه، فإنْ كان في أولادِ الأبَوَيْنِ ذَكَرٌ فالباقي لهم وسَقَطَ أولادُ الأبِ، وإلّا فَتأخُذُ الواحِدةُ إلى النِّصْفِ، ....

(وإنْ كان) معهم ذو فرضٍ (فله) بعدَ الفرضِ (الأكثرُ من سُدُسٍ) جميعِ (التركةِ وثُلُثِ الباقي والمُقاسَمةِ) وجه السُّدُسِ أنّ الأولادَ لا ينقُصونَه عنه فالإخوةُ أولى وثُلُثُ الباقي أنّه لو فُقِدَ ذو الفرضِ أخذَ ثُلُثَ المالِ والمُقاسَمةُ ما مَرَّ من تنزيلِه منزلةَ الأخِ وذَواتُ الفرضِ معهم بنتٌ بنتُ ابنٍ أُمٌّ جَدّةٌ زوجةٌ زوجٌ فالسُّدُسُ خيرٌ له في زوجةٍ وبنتَين وجَدٍّ وأخٍ وثُلُثُ الباقي في جَدّةٍ وجَدٍّ وخمسةِ إخوةٍ والمُقاسَمةُ في جَدّةٍ وجَدٍّ وأخٍ (وقد لا يبقى شيءٌ) بعدَ أصحابِ الفُروضِ (كبنتَين وأُمٍّ وزوجٍ فيُفرَضُ له سُدُسٌ ويُزادُ في العولِ) إذْ هي من اثنيْ عَشَرَ وعالَتْ لِثلاثةَ عَشَرَ فيُزادُ له إلى خمسةَ عَشَرَ.

(وقد يبقى دون سُدُسٍ كبنتَين وزوجٍ فيُفرَضُ له ويُعالُ) إذْ هي من اثنيْ عَشَرَ يَفْضُلُ واحدٌ يُزادُ له عليه آخرُ فتُعالُ بثلاثةَ عَشَرَ (وقد يبقى سُدُسٌ كبنتَين وأُمٍّ) أصلُها ستّةٌ يَفْضُلُ واحدٌ (فيَفوزُ به الجدُّ وتسقطُ الإخوةُ) والأخواتُ (في هذه الأحوالِ)؛ لأنّهم عصبةٌ ولم يَبْقَ بعدَ الفُروضِ شيءٌ، ولو كان مع الجدِّ إخوةٌ وأخواتٌ لأبوَين ولأبٍ (فحكمُ الجدِّ ما سبَقَ) من خيرِ الأمرَين حيثُ لا صاحِبَ فرضٍ وخيرِ الثلاثةِ مع ذي فرضٍ كما لو لم يكن معه إلا أحدُ الصِّنفَين المذكورُ أوّلَ الفصلِ ومن ثَمَّ عَطَفَ ثَمَّ بأو وهنا بالواوِ.

(ويُعَدُّ أولادُ الأبوَين عليه أولادَ الأبِ في القِسمةِ) أي يُدْخِلونَهم معهم فيها إذا كانت خيرًا له (فإذا أخذَ حِصَّتَه فإنْ كان في أولادِ الأبوَين ذكرٌ) واحدٌ أو أكثرُ معه أنثى أو أكثرُ أو كان الشّقيقُ ذكرًا وحدَه أو أنثى معها بنتٌ أو بنتُ ابنٍ وأخٌ لأبٍ (فالباقي) في الأولى بأقسامِها (لهم) لِلذَّكرِ مثلُ حَظِّ الأنثيَين وفي الثانيةِ له وفي الثالِثةِ لها أي تعصيبًا لِما مَرَّ أنّها معها عصبةٌ مع الغيرِ (وسَقَطَ أولادُ الأبِ) كما في جَدٍّ وشَقيقٍ وأخٍ لأبٍ للجدِّ الثُّلُثُ والباقي لِلشَّقيقِ وحَجَباه مع أنّ أحدَهما غيرُ وارِثٍ كما يحجُبانِ الأُمَّ عن الثُّلُثِ بجامِعِ أنّ له وِلادةً كهي وكما يحجُبُها معه ولَدَاها مع حَجْبِهما به وكما أنّهم يَرُدّونَها إلى السُّدُسِ والأبُ يحجُبُهم ويأخُذُ ما نَقَصَ من الأُمِّ وفارَقَ ما تقرّر اجتماعُ أخٍ لأُمٍّ مع جَدٍّ وشَقيقٍ فإنّ الجدَّ هو الحاجِبُ له مع أنّه لا يَفوزُ بحِصَّته بأنّ الأُخوّةَ جِهةٌ واحدةٌ فجازَ أنْ يَنوبَ أخٌ عن أخٍ ولا كذلك الجُدودةُ والأُخوّةُ وأيضًا ولَدُ الأبِ المعدودُ غيرُ محرومٍ أبدًا بل قد يأخُذُ كما يأتي فكان لِعَدِّه وجهٌ والأخُ لأُمٍّ محرومٌ بالجدِّ أبدًا فلا وجهَ لِعَدِّه (وإلا) يكنْ فيهم ذكرٌ بل تَمَحَّضوا إناثًا (فتأخُذُ الواحدةُ إلى النّصفِ) أي النّصفِ تارةً كجَدٍّ وشَقيقة وأخٍ لأبٍ من خمسةٍ وتَصِحُّ من عَشَرةٍ للجَدِّ أربَعةٌ

والثِّنْتانِ فَصاعِدًا إلى الثُّلُثَيْنِ. ولا يَفْضُلُ عَنِ الثُّلُثَيْنِ شَيْءٌ، وقد يَفْضُلُ عَنِ النِّصْفِ فيكون لأولادِ الأبِ. والجدُّ مع أخَواتٍ كأخٍ فلا يُفرَضُ لهنّ معه إلّا في الأكْدَريّةِ وهي زَوْجٌ وأُمٌّ وجَدٌّ وأُخْتٌ لأبَوَيْنِ أو لأبٍ فَلِلزَّوْجِ نِصْفٌ، وللأُمّ ثُلُثٌ وللجَدِّ سُدُسٌ، وللأُخْتِ نِصْفٌ فتَعولُ ثم يَقْتَسِمُ الجدُّ، والأُخْتُ نَصيبَيْهِما أثْلاثًا له الثُّلُثانِ.

فَصْلٌ

لا يَتَوارَثُ مُسْلِمٌ وكافِرٌ ....

وللشَّقيقة النّصفُ خمسةٌ أي فرضًا يَفضُلُ واحدٌ للأخِ من الأبِ ودونَه أخرى كجَدٍّ وزوجةٍ وأُمٍّ وشَقيقة وأخٍ لأبٍ لِلشَّقيقة هنا الفاضِلُ وهو دون النّصفِ؛ لأنّه رُبْعٌ وعُشْرٌ (و) تأخُذُ (الثِّنْتانِ فصاعِدًا إلى الثُّلُثَين) أي الثُّلُثَين تارةً كجَدٍّ وشَقيقتَين وأخٍ لأبٍ من ستّةٍ ولا شيءَ للأخِ ودونَهما أخرى كجَدٍّ وشَقيقتَين وأختٍ لأبٍ من خمسةٍ لِلشّقيقتَين ثلاثةٌ وهي دون الثُّلُثَين وعدمُ زيادةِ الواحدةِ إلى النّصفِ والثِّنْتَين إلى الثُّلُثَين يَدُلُّ على أنّ ذلك تعصيبٌ وإلا زيدَ وأُعيلَ وظاهرٌ أنّ هذا تعصيبٌ بالغيرِ وإنْ لم يأخُذ مثليها؛ لأنّه لِعارِضٍ هو اختلافُ جِهةِ الجُدودةِ والأُخوّةِ (ولا يَفضُلُ عن الثُّلُثَين شيءٌ)؛ لأنّ الجدَّ لا يأخُذُ أقَلَّ من الثُّلُثِ (وقد يَفضُلُ عن النّصفِ) شيءٌ (فيكونُ لأولادِ الأبِ) كما مَرَّ في جَدٍّ وشَقيقة وأخٍ لأبٍ، (والجدُّ مع أخواتٍ كأخٍ فلا يُفرَضُ لهنّ معه) ولا تُعالُ المسألةُ بينهُنّ.

وأمّا هو فقد يُفْرَضُ له وتُعالُ كما مَرَّ؛ لأنّه صاحِبُ فرضٍ فرجع إليه عندَ الضّرورةِ (إلا في الأكدَريّةِ) قيلَ نِسبةٌ لأكدَرَ الذي سأله عنها عبدُ الملِكِ فأخطأ أو لِلّذي ألقاها على ابنِ مسعودٍ أو زوجِ الميّتةِ أو بَلَدِها أو لأكدَرَة وهي الميّتةُ، وقيلَ؛ لأنّ زَيْدًا كدَّرَ على الأخت بإعطائِها النّصفَ، ثمّ استرْجاعِهِ بعضَه منها، وقيلَ: لأنّها كدَّرَتْ عليه مذهبَه فإنّه لا يَفرِضُ للأخوات مع الجدِّ ولا يُعيلُ، وقد فرَضَ فيها وأعالَ، وقيلَ لِتَكدُّرِ أقوالِ الصّحابةِ فيها (وهي زوجٌ وأمٌّ وجدٌّ وأختٌ لأبوين أو لأبٍ فلِلزوجِ نصفٌ وللأمّ ثُلُثٌ وللجَدِّ سُدُسٌ وللأخت نصفٌ) إذْ لا مُسقِطَ لها ولا مُعَصِّبَ؛ لأنّ الجدَّ لو عصبها نَقَصَ حَقُّه (فتَعولُ) المسألةُ بنصفِها من ستّةٍ إلى تسعةٍ (ثمّ يقسِمُ الجدُّ والأختُ نصيبَيهِما) وهما أربعةٌ (أثلاثًا له الثُّلُثانِ) لا ينقَسِمُ عليهما فتُضرَبُ ثلاثةٌ في تسعةٍ لِلزوجِ تسعةٌ وللأُمّ ستّةٌ وللجَدِّ ثمانيةٌ وللأخت أربعةٌ وقُسِمَ الثُّلُثانِ بينهما لِتعذُّرِ تفضيلِها عليه كما في سائِرِ صوَرِ الجدِّ والإخوةِ ففُرِضَ لها بالرّحِم وقُسِمَ بينهما بالتعصيبِ رِعايةً للجانِبَين قال القاضي: ومَحَلُّ الفرضِ لها إذا لم يكن معها أختٌ أخرى لا تُساويها وإلا أخذَت السُّدُسَ ولم تَزِدْ وهذه مِمّا يُغلَطُ فيها كثيرًا انتهى ويوَجَّه ذلك بأنّ تعدُّدَ الأختَين حَجَبَ الأُمَّ عن الثُّلُثِ فبَقِيَ سُدُسٌ فتعيَّنَ لِلشّقيقة لِعَدِّها أختَها عليه وقولُه: لا تُساويها ليس بقَيْدٍ إلا في أخذِها السُّدُسَ وحدَها إذْ لو كان معها شَقيقة مثلُها حَجَبَت الأُمَّ وأخذَتا السُّدُسَ.

فصل في مَوانِعِ الإرثِ وما معها

(لا يتوارَثُ مسلمٌ وكافِرٌ) بنَسَبٍ وغيرِه للحديثِ المُتَّفَقِ عليه «لا يَرِثُ المسلمُ الكافِرَ ولا الكافِرُ

ولا يَرِثُ مُرْتَدٌّ ولا يورَثُ، وَيَرِثُ الكافِرَ الكافِرُ وإن اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهما، لكِن المشْهورُ أنّه لا تَوارُثَ بين حَرْبِيٍّ وذِمّيٍّ، وَلا يَرِثُ مَنْ فيه رِقٌّ، ....

المسلمَ»(١) وللإجماعِ على الثاني وفارَقَ جوازَ نِكاحِ المسلم للكافِرةِ بأنّ مَبنَى ما هنا على الموالاةِ ولا موالاةَ بينهما بوجهٍ وأمّا النّكاحُ فمن نَوْعِ الاستخْدام وخبرُ الحاكِمِ وصَحَّحه «لا يَرِثُ المسلمُ النّصْرانيَّ إلا أنْ يكون عبدَه أو أمَتَه» مُؤَوّلٌ بأنّ ما في يَدِه لِلسَّيِّدِ كما في الحياةِ لا الإرثُ الحقيقيُّ من العتيقِ؛ لأنّه سمّاه عبدَه على أنّه أعلى واعتَرَضَ المتنَ بأنّ نفيَ التّفاعُلِ الصّادِقِ بانتفاءِ أحدِ الطّرَفَين لا يستَلْزِمُ نفيَ كلٍّ منهما المُصرّح به في أصلِه ويُرَدُّ بأنّه عوّلَ في ذلك على شهرةِ الحكمِ فلم يُبالِ بذلك الإيهامِ على أنّ التّفاعُلَ يأتي كثيرًا لأصلِ الفعلِ كعاقبتُ اللِّصَّ وبأنّه يوهِمُ أنّه لو ماتَ كافِرٌ عن زوجةٍ حامِلٍ ثمّ أسلَمت، ثمّ ولَدَتْ لم يَرِث ولَدُها؛ لأنّه مسلمٌ تبَعًا لها وليس في مَحَلِّه؛ لأنّ العبرةَ بالاتِّحادِ في الدّين حالةَ الموت وهو محكومٌ بكُفْرِه حينئذٍ والإسلامُ هنا إنّما طَرَأ بعدَه وإنّما ورِثَ مع كونِه جَمادًا؛ لأنّه بانَ بصَيْرورَته للحيوانيّةِ أنّها كانت موجودةً فيه بالقوّةِ ومن ثَمَّ قيلَ لَنا جَمادٌ يملكُ وهو النُّطْفة واعتراضُه بأنّ الجمادَ ما ليس بحيوانٍ ولا كان حيوانًا أي ولا خرج من حيوانٍ وإلا لم يَتِمَّ الاعتراضُ يَرِدُ بأنّ هذا تفسيرٌ للجَمادِ في بعضِ الأبوابِ لا مُطْلَقًا فلا يَرِدُ، (ولا يَرِثُ) زِنْديقٌ وهو مَنْ لا يتديَّنُ بدينٍ ولا (مُرْتَدٌّ) حالَ الموت بحالٍ وإنْ أسلَمَ؛ لأنّه لا مُناصَرةَ بينه وبين أحدٍ لإهدارِه وبَحْثُ ابنِ الرِّفعةِ إرثَه إذا أسلَمَ خارِقٌ للإجماعِ قاله السُّبْكيُّ (ولا يورَثُ) بحالٍ بل مالُه فيْءٌ لِبيت المالِ سواءٌ ما اكتَسبه في الإسلامِ والرِّدّةِ ارتَدَّ في صحّته أو مَرَضِه وسيأتي في الجِراحِ أنّ وارِثَه لولا الرِّدّةُ يستوفي قوَدَ طَرَفِه.

(ويَرِثُ الكافِرَ الكافِرُ وإن اختلفت مِلَّتُهما)؛ لأنّ جميعَ مِلَلِ الكُفْرِ في البُطْلانِ كالمِلّةِ الواحدةِ قال تعالى ﴿فَمَاذَا بَعْدَ ٱلْحَقِّ إِلَّا ٱلضَّلَٰلُ﴾ [يونس: ٣٢] ونَقَلَ المُصَنِّفُ في شرحِ مسلم عن الأصحابِ أنّ الحربيّين في بلدين مُتَحارِبَين لا يتوارَثانِ سهْوٌ وتصويرُ إرْثِ اليهوديِّ من النّصْرانيِّ وعكسُه مع أنّ المُنْتَقِلَ من مِلّةٍ لِمِلّةٍ لا يُقَرُّ ظاهِرٌ في الولاءِ والنّكاحِ وكذا النّسَبُ فيمَنْ أحدُ أبوَيْه يهوديٌّ والآخرُ نصْرانيٌّ فإنّه يُخَيَّرُ بينهما بعدَ البُلوغِ وكذا أولادُه فلِبعضِهم اختيارُ اليهوديّةِ ولِبعضِهم اختيارُ النّصْرانيّةِ (لكن المشهورُ أنّه لا تَوارُثَ بين حربيٍّ وذِمّيٍّ) أو مُعاهَدٍ أو مُستأمَنٍ ببِلادِنا لانتفاءِ الموالاةِ بينهما ويتوارَثُ ذِمّيٌّ ومُعاهَدٌ ومُستأمَنٌ وأحدُ هَؤُلاءِ ببِلادِهم وحربيٌّ، (ولا يَرِثُ مَنْ فيه رِقٌّ) وإنْ قلَّ إجماعًا ولأنّه لو ورِثَ مَلَكه السّيِّدُ وهو أجنَبيٌّ عن الميِّت وإنّما لم يقولوا بإرثِه، ثمّ تَلَقّي سيِّدِه له بالملكِ كما قالوه في قبولِ قِنِّه لِنحوِ وصيّةٍ أو هِبةٍ له؛ لأنّ هذه عُقودٌ اختياريّةٌ تَصِحُّ لِلسَّيِّدِ فإيقاعُها لِقِنِّه إيقاعٌ له ولا كذلك الإرثُ وأفْهَمَ المتنُ أنّ الحُرَّ يَرِثُ وإن استُغْرِقت مَنافِعُه بالوصيّةِ وسيأتي ما

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٦٣٨٣]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٦١٤]، وغيرهما من حديث: أسامة بن زيد رضي الله عنه .

والجديدُ أنّ مَنْ بعضُه حُرٌّ يورَثُ، وَلا قاتِلٌ، وقيلَ إنْ لم يُضْمَنْ ورِثَ، ....

فيه ثَمَّ (والجديدُ أنّ مَنْ بعضُه حُرٌّ يورَثُ) جميعُ ما مَلَكه ببعضِه الحُرِّ؛ لأنّه تامُّ الملكِ عليه كالحُرِّ وأفْهَمَ هذا ما بأصلِه أنّ الرّقيقَ لا يورَثُ إلا في صورةٍ هي كافِرٌ له أمانٌ إنْ جُنيَ عليه، ثمّ نَقَضَ الأمانَ فسُبيَ واستُرِقَّ ومات بالسّرايةِ قِنًّا فقدرُ الدّيةِ لِوارِثِه ويُجابُ بأنّهم إنّما أخذوها نَظَرًا للحُرّيّةِ السّابِقة لاستقرارِ جنايَتِها قبلَ الرِّقِّ ففي الحقيقة لا استثناءَ إلا بالنّظَرِ لِكونِهم حالةَ الموت أحرارًا وهو قِنٌّ، (ولا) يَرِثُ (قاتلٌ) بأيِّ وجهٍ كان وإنْ وجَبَ عليه كالقاضي يحكُمُ به من مقتولِه شيئًا كأنْ حَفَرَ بئرًا بدارِه فوقع بها مورِّثُه لأخبارٍ فيه يُقَوّي بعضُها بعضًا وإنْ لم تخلُ من ضَعْفٍ نعم، قال ابنُ عبدِ البرِّ في بعضِها ليس للقاتلِ من مقتولِه شيءٌ إنّه صحيحٌ بالاتّفاقِ وأجمَعوا عليه في العمدِ قيلَ وتَطابَقت عليه المِلَلُ السّابِقة ولأنّه لو ورِثَ لاستعجَلَ الورثةُ قتله فيُؤَدّي إلى خَرابِ العالَم فاقتضت المصْلَحةُ مَنْعَ إرْثِه مُطْلَقًا نَظَرًا لِمَظِنّةِ الاستعجالِ أي باعتبارِ السّبَبِ فلا يُنافي كونَه مات بأجَلِه كما هو مذهبُ أهلِ السُّنّةِ ويَرِثُ المُفْتي بقتلِه وراوي خبرٍ موضوعٍ به على الأوجَه؛ لأنّ قتله لا يُنْسَبُ إليهِما بوجهٍ؛ لأنّ ما صَدَرَ عنهما لا يختَصُّ بمُعَيَّنٍ حتى يقصِدَ به بخلافِ حكمِ الحاكِمِ.

(وقيلَ إنْ لم يضمنْ ورِثَ)؛ لأنّه قُتِلَ بحَقٍّ ويَرُدُّه أنّ المعنى إذا لم ينضَبِطْ أُنيطَ الحكمُ بوَصْفٍ أعَمَّ منه مُشْتَمِلٍ عليه مُنْضَبِطٌ غالِبًا كالمشَقة في السّفَرِ وقَصْدِ الاستعجالِ هنا وبه يندَفِعُ ما قيلَ كادَ الشافعيُّ أنْ يكونَ ظاهريًّا محضًا في هذه المسألةِ قال المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ ويُضْمَنْ بضَمِّ أوّلِه ليدخلَ فيه القاتلُ خطأً فإنّ العاقِلةَ تَضْمَنُه ورُدَّ بأنّه مَبنيٌّ على ضعيفٍ أنّ الدّيةَ تَلْزَمُهم ابتداءً، وقد يَرِثُ المقتولُ قاتله كأنْ يَجْرَحَه، ثمّ يَموتَ هو قبله ومن الموانِعِ الدّوْرُ الحكميُّ كما مَرَّ آخِرَ الإقرارِ وكونُ الميِّت نَبيًّا (قال ﷺ نحن مُعاشر الأنبياءِ لا نورَثُ)(١) ويُحْتاجُ لِذلك عندَ موت عيسَى صَلَّى اللّه وسَلَّمَ على نَبيِّنا وعليه وعلى سائرِ الأنبياءِ.

(تنبيهاتٌ) منها وقَعَ في كلامِ الشيخينِ وغيرِهِما تقييدُ ما ذُكِرَ في الحفرِ بالعُدْوانِ فمَنْ قتل مورِّثَه ببِئْرٍ حَفَرَها بملكِه يَرِثُه وكذا وضْعُ الحجَرِ ونصْبُ الميزابِ وبِناءُ حائِطٍ وقَعَ عليه وغيرُ ذلك ومِمَّنْ صرّح بذلك الماوَرْديُّ وسبقَه إليه ابنُ سُرَيْجٍ فإنّه لَمّا نَقَلَ عن أبي حَنيفة وصاحِبَيْه رَحِمَهم اللّه تعالى أنّه لو أخرجَ كنيفًا أو ميزابًا أو ظُلّةً أو تَطَهَّرَ بماءٍ أو صَبَّ ماءً في الطّريقِ أو أوقَفَ دابّةً فيه فبالَتْ مثلًا فمات بذلك مورِّثُه ورِثَه قال وهذا كلُّه مُخَرَّجٌ على قياسِ قولِ الإمام الشافعيِّ على معنيَين: أحدُهما أنّ كلَّ شيءٍ فعله من ذلك مِمّا له فعلُه لم يمنعْ إرْثَه ومِمّا ليس له فعلُه أو كان مُتعدّيًا فيه أو كان عليه حِفْظُه كالسّائِقِ والقائِدِ لم يَرِثه ولَمّا نَقَلَ الأذرَعيُّ هذا قال عَقِبَه وظاهرُ كلام الأصحابِ أنّ المذهبَ أنّ كلَّ مُهْلِكٍ مَضْمونٌ عليه أو على عاقِلَته بما ذُكِرَ في الدّيات يمنعُ الإرثَ وقال أيضًا عَقِبَ ما مَرَّ من

---

(١) [سنده صحيح] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٢/ ٤٦٣]، وغيره من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه.
قلتُ: سنده صحيح.

التّفصيلِ بين الحفرِ العُدْوانِ وغيرِه إنّه الصّحيحُ أو الصّوابُ وتَبِعَه الزّركشيُّ فقال إنّه الصّوابُ ولم ينظُروا لِقولِ بعضِ الأصحابِ مَشهورُ المذهبِ أنّه لا فرقَ لِقولِ المطْلَبِ وتَبِعَه في الجواهرِ لا خلافَ أنّ مَنْ حَفَرَ بئرًا بملكِه أو وضَعَ حَجَرًا فمات به قريبُه ولا تفريطَ من صاحِبِ الملكِ أنّه يَرِثُه وكذا إذا وقَعَ عليه حائِطُه ؛ لأنّه لا يُنْسَبُ إليه القتلُ اسمًا ولا حكمًا انتهى.

ومنها ما ذُكِرَ أنّه لا فرقَ بين المُباشَرةِ والسّبَبِ والشرطُ هو ما صرحوا به حتى الشيخانِ فإنّهما وإن اقتصَرا على الأوّلينِ مثلاً لاشتباه السّبَبِ ببعضِ صوَرِ الشرطِ كالحفرِ فقالا أو السّبَبُ كمَنْ حَفَرَ بئرًا عُدْوانًا ومنها يُؤْخَذُ مِمّا تقرّر في صوَرِ الحفرِ ونحوِه من كلِّ ما ذكروه في الدّيات من التّفصيلِ بين العُدْوانِ وغيرِه أنّ قولَهم لا فرقَ بين المضمونِ وغيرِه مَحلُّه في المُباشَرةِ والسّبَبِ دون الشرطِ ويُفَرَّقُ بأنّ المُباشَرةَ مُحصِّلةٌ للقتلِ والسّبَبُ له دَخْلٌ فيه فلم يَفْتَرِق الحالُ فيهما بين المضمونِ وغيرِه بخلافِ الشرطِ فإنّه لا يُحصِّلُه ولا يُؤثّرُ إذ هو ما حَصَلَ التّلَفُ عندَه لا به فلِبُعْدِ إضافة القتلِ إليه احتيجَ إلى اشتراطِ التّعدّي فيه ومنها ما وقَعَ في بَحْرِ الرّويانيِّ أمسَكه فقَتَله آخرُ ورِثَه المُمْسِكُ لا القاتلُ ؛ لأنّه الضّامِنُ وجَرى عليه القموليُّ وغيرُه لكن جَزَمَ بعضُ مُتأخّري الفرضيّين بخلافِه فقال لا يَرِثُ المُمْسِكُ للجَلّادِ أو غيرُه ويوَجّه الأوّلُ بأنّ الإمساكَ شرطٌ لا سبَبٌ كما صرحوا به وقد تقرّر في الشرطِ أنّه لا بُدَّ من تعدّي فاعِلِه لِضَعْفِه وقضيّةُ رِعايةِ ضَعْفِه اشتراطُ أنْ لا يقطَعَه غيرُه كما في المُمْسِكِ مع الحازِّ لم يُنْظَرْ إليه وأُنيطَ الأمرُ بالمُباشِرِ وحدَه لاضمِحْلالِ فعلِ ذلك في جَنْبِ فعلِه.

ومنها لا يَرِثُ شُهودُ التزكيةِ ولا الإحصانِ سواءٌ شَهِدوا به قبلَ الزّنا أو بعدَه كما اقتضاه إطلاقُهم قال الزّركشيُّ وهو المنقولُ في الغُرْمِ عندَ الرُّجوعِ، ثمّ استُشْكِلَ ما هنا بأنّهم بعدَ الرّجْمِ لو رَجَعوا هم وشُهودُ الزّنا غَرِمَ شُهودُ الزّنا لا الإحصانِ وهذا يَدُلُّ على أنّه لا تأثيرَ لِشَهادَتِهما في القتلِ فيُنافي ما هنا أنّ لها تأثيرًا وقد يُفَرّقُ بأنّ الملْحَظَ مختَلِفٌ إذ هو هنا مُجَرّدُ وجودِه في الوقت، ولو مع غيرِه وإنْ جازَ أو وجَبَ، ولو لم يضمنْ به حَسمًا للبابِ ولا كذلك، ثمّ ؛ لأنّهم توَسّعوا هنا ما لم يتوَسّعوا بنظيرِه في الضّمانِ وأثّرَ فيه أنّ القتلَ بعدَ الرُّجوعِ إنّما يُضافُ لِشُهودِ الزّنا لا غيرُ فتأمّله.

ومنها صرحوا في الرّهْنِ في مسائلَ أنّ الميّتَةَ بالوِلادةِ السّبَبُ في موتها الوطءُ فمن ذلك قولُهم لو أحبَلها الرّاهِنُ فماتتْ بالوِلادةِ ضَمِنَ قيمتَها ؛ لأنّ وطْأَها هو السّبَبُ في هَلاكِها بخلافِ ما لو زَنَى بأمةٍ من غيرِ أنْ يستوليَ عليها فماتتْ بإحبالِه ؛ لأنّ الشرعَ لَمّا قطَعَ نِسبةَ الولدِ عنه انقطَعَ نِسبةُ الوطءِ إليه وقيلَ لا يضمنُ الرّاهِنُ لاحتمالِ أنّ الموتَ ليس من وطْئِه بل لِعارِضٍ آخرَ ولا يضمنُ زوجَتَه بلا خلافٍ لِتَوَلُّدِ هَلاكِها من مُستَحَقٍّ عليها هو وطْؤه ونازع ابنُ عبدِ السّلامِ في إطلاقِهم المذكورِ في الزّاني بأنّه يَتعيّنُ تقييدُه بما إذا لم يعلم أنّ الولدَ منه وإلا فينبغي أنْ يضمنَ ؛ لأنّ إفضاءَ الوطءِ إلى الإتلافِ والفوات لا يختلفُ بين كونِ السّبَبِ حَلالاً أو حرامًا وهذا كلُّه كما ترى صريحٌ في أنّ الزوجَ

....

لا يَرِثُ زوجَتَه التي أحبَلها فماتتْ بالوِلادةِ لِما عَلِمْت أنّ الوطءَ الذي هو فعلُه سبَبٌ في الهلاكِ بواسِطةِ الإحبالِ النّاشِئِ عنه الوِلادةُ النّاشِئُ عنها الموتُ ولا نَظَرَ لاحتمالِ طُروٌّ مُهْلِكٍ آخرَ لِما عَلِمْت أنّهم أعرَضوا عن النّظَرِ لِقائِلِه حيثُ عَبَّروا عنه بقولِهم، وقيلَ لا يضمنُ الرّاهِنُ لاحتمالِ أنّ الموتَ إلى آخِره ثمّ رأيت عن بعضِ المُتأخّرين أنّه قال ينبغي أنْ يَرِثَ وعَلَّله بأنّ أحدًا لا يقصِدُ القتلَ بالوطءِ فلا يُسَمَّى فاعِلُه قاتلًا وبأنّها لم تَمُتْ بالوطءِ الذي هو فعلُه بل بالوِلادةِ النّاشِئةِ عن الحبَلِ النّاشِئِ عنه فهو مَجازٌ بَعيدٌ في المرْتَبةِ الثالِثةِ فلم يدخلْ في اللّفظِ ولا في المعنى وأنتَ خَبيرٌ بأنّ كِلا تعليلَيه لا يُنْتِجُ له ما بحثه أمّا الأوّلُ فلأنّهم لم يشترِطوا تَسميته قاتلًا بل أنْ يكون له دَخْلٌ في القتلِ بمُباشَرةٍ أو سبَبٍ أو شرطٍ ولا شَكَّ أنّ الوطءَ كذلك بل كلامُهم الذي في الرّهْنِ مُصرِّحٌ بأنّه يُسَمَّى قاتلًا وبأنّ الوطءَ يُفْضي للهَلاكِ من غيرِ نَظَرٍ لاحتمالِ طُروِّ مُهْلِكٍ وبأنّ الشّارِعَ قطَعَ نِسبةَ الولدِ لِلزّاني فلم يضمن المزْنيَّ بها وأمّا الثاني فلأنّهم مُصرِّحون بأنّه لا فرقَ في مَنْعِ ماله دَخْلٌ في القتلِ بين الدّاخِلِ القريبِ والبعيدِ كتزكيةِ مُزَكّي الشّاهِدِ بإحصانِ المورِثِ الزّاني فتأمّلْ بعدَ هذا المدْخَلِ مع مَنْعِه الإرثَ فبَطَلَ جميعُ ما وجَّهَ به بَحْثَه الذي أفاده بذِكْرِه بعدَ ذِكْرِ ما تَقَدَّمَ عنهم في الرّهْنِ أنّه أعني بَحْثَه مُخالِفٌ للمنقولِ، ووجه مُخالفته له ما قرّرْته، لكن صرّح الزّركشيُّ بأنّ الزوجَ يَرِثُ جازِمًا به جَزْمَ المذهبُ وحينئذٍ ففي جَرْيِه على قواعِدِهم دِقة والذي يَتَّضِحُ به جَرْيُه عليها أنْ يُقال لا شَكَّ أنّ الوطءَ من بابِ التّمتُّعات وهي من شَأنِها أنْ لا يُقْصَدَ بها قتلٌ ولا يُنْسَبُ إليها وإنّما خالَفوه في الرّهْنِ لِكونِ الرّاهِنِ حَجَرَ على نفسِه به في المرْهونةِ فاقتضى الاحتياطَ لِحَقِّ المُرْتَهِنِ مَنْعَ الرّاهِنُ من الوطءِ لِحرمَته ونسبةُ التّفْويت إليه بواسِطةِ نِسبةِ الولدِ إليه لِيَغْرَمَ البدَلَ وأمّا هنا فقد تقرّر في الشرطِ مع أنّه من جنسِ ما يُقْصَدُ به التّفْويتُ ويُنْسَبُ إليه القتلُ أنّه لا بُدَّ من التّعَدّي به لِبُعْدِ إضافة القتلِ إليه فما لا تعدّيَ به لا يمنعُ فإذا كان هذا لا يمنعُ فأولى إذِ الشرطُ من جنسِ ما يُقْصَدُ ولا كذلك الوطءُ.

ومنها اللِّعانُ والشّكُّ في النّسَبِ فلو تَنازَعا مجهولاً ولا حُجّةَ فإنْ ماتا قبله وقَفَ إلى البيانِ من تَرِكةِ كلٍّ إرْثُ ولَدٍ أو عكسُه وُقِفَ من تَرِكته إرْثُ أبٍ وسُئِلْت عَمَّنْ وُطِئَتْ بشبهةٍ فأتَتْ بوَلَدٍ أي يُمْكِنُ كونُه من الزوجِ وواطِئِ الشُّبْهةِ، وقد وطِئاها في طُهْرٍ واحدٍ فمات قبلَ لُحوقِه بأحدِهما ولأحَدِهما ولَدانِ من غيرِها فهل تَرِثُ السُّدُسَ أو الثُّلُثَ فأجَبْت أخذًا من كلامِهم المذكورِ بأنّها تأخُذُ السُّدُسَ؛ لأنّها تَستَحِقُّه على كلِّ تقديرٍ ويوقَفُ السُّدُسُ الآخرُ بينها وبين بَقِيّةِ الورثةِ إلى البيانِ لِلشّكِّ في مُستَحِقِّه مع احتمالِ ظُهورِه لها أو لِغيرِها فلا مقتضي يقينًا لأخذِها له، ثمّ رأيت شارِحًا حَكى فيها وجهَين وقال أصحُّهما السُّدُسُ انتهى وكأنّه أخذَ ذلك من قولِ المُصَنِّفِ رحمه الله لو شَكَّ في وجودِ أخوَين فهل للأُمِّ الثُّلُثُ أو السُّدُسُ؛ لأنّه المُتَيَقَّنُ وجهانِ أرجَحُهما الثاني ا هـ ولم يَتعرَّضوا لِوَقْفِ السُّدُسِ الآخرِ ولا بُدَّ منه كما ذكرْتُه وعدمُ تَحَقُّقِ حياةِ الوارِثِ عندَ موتِ المورِثِ ومن ثَمَّ قال:

ولو ماتَ مُتَوارِثانِ بغَرَقٍ أو هَدْمٍ أو في غُرْبَةٍ مَعًا أو جُهِلَ أسْبَقُهما لم يَتَوارَثا ومالُ كُلٍّ لِباقي ورَثَتِهِ. وَمَنْ أُسِرَ أو فُقِدَ وانْقَطَعَ خَبَرُه تُرِكَ مالُه حتّى تَقومَ بَيِّنَةٌ بمَوْتِه أو تَمضيَ مُدّةٌ - يَغْلِبُ على الظَّنِّ أنّه لا يَعيشُ فَوْقَها - فَيَجتَهِدَ القاضي ويَحْكُمَ بمَوْتِه ثم يُعْطيَ مالَه مَنْ يَرِثُه وقْتَ الحُكْمِ، ولو ماتَ مَنْ يَرِثُه المفْقودُ وقَفْنا حِصَّتَه ....

(ولو مات مُتَوارِثانِ بغَرَقٍ أو هَدْمٍ) أو نحوِهما كحَريقٍ (أو في غُرْبَةٍ مَعًا أو جُهِلَ أسبَقُهما) ومنه أنْ يُعْلَمَ سبقٌ ولا يُعْلَمُ عَيْنُ السّابِقِ أيْ ولا يُرْجَى بَيانُه وإلا وُقِفَ فيما يظهرُ أخذًا من نَظائِرَ له تأتي (لم يتوارَثا) لإجماعِ الصّحابةِ عليه فإنّهم لم يَجْعَلوا التّوارُثَ بين مَنْ قُتِلَ في يومِ الجمَلِ وصِفِّين والحرّةِ إلا فيمَنْ عَلِموا تأخُّرَ موته (ومالُ كلٍّ) منهما (لِباقي ورثَته) إذْ لو ورَّثنا أحدَهما كان تَحَكُّمًا أو كلًّا من الآخرِ تَيَقَّنّا الخطأ، ولو عُلِمَ السّابِقُ، ثمّ نُسيَ وُقِفَ للبَيانِ أو الصُّلحِ ونفيُه التّوارُثَ باعتبارِ الحكمِ والأغلَبُ فلا يَرِدُ عليه إيهامُ امتناعِه في نفسِ الأمرِ ولا أنّ أحدَهما قد يَرِثُ من الآخرِ دون عكسِه كالعمّةِ وابنِ أخيها وكثيرٌ من تلك الموانِعِ فيه تَجوُّزٌ لِعدمِ صِدْقِ حَدِّ المانِعِ عليه وهو الوصْفُ الوجوديُّ الظّاهرُ المُنْضبِطُ المُعَرِّفُ نَقيضَ الحكم فانتفاءُ الإرثِ إمّا لانتفاءِ الشرطِ أو السّبَبِ.

(ومَنْ أُسِرَ أو فُقِدَ وانقطَعَ خبرُه تُرِكَ مالُه حتى تقومَ بَيِّنةٌ بموته أو تمضيَ مُدّةٌ) من وِلادَته (يَغْلِبُ على الظّنِّ) وفي بعضِ النُّسَخ إسقاطُ على ويَغْلِبُ إمّا بضَمِّ الفوقيّةِ وتَشديدِ اللّامِ أو بفتحِ التحتيّةِ وتخفيفِ اللّامِ فالرّابِطُ محذوفٌ أي بسببِها ومعنى تَغْليبِها الظّنّ تقويَتُها له بحيثُ يَصيرُ قريبًا من العلمِ فلا يكفي أصلُ الظّنِّ (أنّه لا يَعيشُ فوقَها) ولا تَتَقَدَّرُ بشيءٍ على الصّحيحِ (فيَجْتَهِدُ القاضي ويَحْكُم بموته)؛ لأنّ الأصلَ بَقاءُ الحياةِ فلا يورَثُ إلا بيقينٍ أو ما نُزِّلَ منزلتَه ومنه الحكمُ؛ لأنّه إن استَنَدَ إلى المُدّةِ فواضِحٌ أو إلى العلمِ وإنْ لم تمضِ مُدّةٌ فهو مُنَزَّلٌ منزلةَ البيِّنةِ المُنَزَّلةِ منزلةَ اليقينِ (ثمّ) بعدَ الحكمِ بموته (يُعطى مالُه مَنْ يَرِثُه وقتَ الحكم) بأنْ يستَمِرَّ حَيًّا إلى فراغِ الحكمِ فمَنْ مات قبله أو معه لم يَرِثْه وكلامُ البسيطِ الموهِمُ خلافَ ذلك مُؤَوَّلٌ هذا إنْ أُطْلِقَ فإنْ قيَّدَتْه البيِّنَةُ أو قيَّدَه هو في حكمِه بزَمَنٍ سابِقٍ اعْتُبِرَ ذلك الزّمَنُ ومَنْ كان وارِثُه حينئذٍ ولا تَتَضَمَّنُ قِسمةَ الحاكِمِ الحكمَ بموته إلا إنْ وقَعَتْ بعدَ رَفْعِ إليه؛ لأنّ الأصحَّ أنّ تَصَرُّفَ الحاكِمِ ليس بحكمٍ إلا إذا كان في قضيّةٍ رُفِعَتْ إليه وطُلِبَ منه فصلُها ويُعْلَمُ مِمّا تقرّر أنّه لا يكفي مُضيُّ المُدّةِ وحدَها بل لا بُدَّ معه من الحكمِ وقولُ بعضِهم لا يحتاجُ معها إليه لِقولِهم في قِنٍّ انقطَعَ خبرُه بعدَ هذه المُدّةِ لا تجبُ فطرَتُه ولا يُجْزِئُ عن الكفّارةِ اتّفاقًا ولم يذكروا هنا الحكمَ انتهى فيه نَظَرٌ بل لا يصحُّ؛ لأنّ ما هنا أمرٌ كلّيٌّ يترَتَّبُ عليه مَصالِحُ ومَفاسِدُ عامّةٌ فاحتيطَ له أكثرَ.

(ولو مات مَنْ يَرِثُه المفقودُ) كلًّا أو بعضًا قبلَ الحكمِ بموته (وقَفْنا حِصَّتَه) أي ما خَصَّه من كلِّ المالِ إن انفرَدَ وبعضَه إنْ كان مع غيرِه حتى يتبَيَّنَ أنّه كان عندَ الموت حَيًّا أو مَيِّتًا وبما قرَّرْت به كلامَه اندفع ما توُهِّمَ أنّه لا التئامَ بين يَرِثُه الظّاهرُ في إرْثِ الكلِّ وحِصَّته الظّاهرِ في إرْثِ البعضِ، ولو مات

وعَمِلْنا في الحاضِرينَ بالأسْوإ، ولو خَلَّفَ حَملاً يَرِثُ أو قد يَرِثُ عُمِلَ بالأحْوَطِ في حَقِّه وَحَقِّ غيرِه، فإن انْفَصَلَ حَيًّا لِوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجودُه عندَ المَوْتِ ورِثَ، وإلّا فلا، بَيانُه إنْ لم يَكُنْ وارِثٌ سِوَى الحملِ أو كان مَنْ قد يَحْجُبُه وُقِفَ المالُ، وإنْ كان مَنْ لا يَحْجُبُه وله

عن أخوَين أحدُهما مفقودٌ وجَبَ وقفُ نصفِه إلى الحكمِ بموته، ثمّ إذا لم تَظْهَرْ حياتُه في مُدّةِ الوقفِ يَعودُ كلُّ مالِ الميِّت الأوّلِ إلى الحاضِرِ وليس لِورثةِ المفقودِ منه شيءٌ إذْ لا إرْثَ بالشّكِّ لاحتمالِ موته قبلَ مورِّثِه ذكرَه الغزاليُّ رحمه الله وغيرُه وهو ظاهرٌ (وعَمِلْنا في) حَقِّ (الحاضِرين بالأسوَأ) فمَنْ يُسقِطُه المفقودُ لا يُعْطَى شيئًا ومَنْ تنقُصُه حياتُه أو موتُه يُعْطَى اليقين ففي زوجٍ مفقودٍ وشَقيقَتَين وعَمٍّ يُعْطَيانِ أربَعةً من سبعةٍ ويوقَفُ الباقي وفي أخٍ لأبٍ مفقودٍ وشَقيقٍ وجَدٍّ يُقَدَّرُ حَيًّا في حَقِّ الجدِّ ومَيِّتًا في حَقِّ الآخرِ ويوقَفُ السُّدُسُ ومَنْ لا يختلِفُ حَقُّه بحياته وموته كزوجٍ وابنِ مفقودٍ وبنتٍ يُعْطَى الزوجُ الربعَ؛ لأنّه له بكلِّ حالٍ وتَلَفُ الموقوفِ للغائِبِ يكونُ على الكلِّ فإذا حَضَرَ استَرَدَّ ما دُفِعَ لهم وقُسِمَ بحسبِ إرْثِ الكلِّ كما صرحوا به فيما إذا بانَتْ حياةُ الحملِ وذُكورةُ الخُنْثَى فيما يأتي.

(ولو خَلَّفَ حملاً يَرِثُ) مُطْلَقًا لو كان مُنْفَصِلاً وإنْ لم يكن منه كأنْ مات مَنْ لا ولَدَ له عن زوجةِ ابنٍ حامِلٍ (أو قد يَرِثُ) بتقديرِ الذُّكورةِ كحملِ حَليلةِ الأخِ أو الجدِّ أو الأُنوثةِ كمَنْ ماتتْ عن زوجٍ وشَقيقة وحملٍ لأبيها فإنّه إنْ كان ذكرًا لم يأخُذْ شيئًا؛ لأنّه عصبةٌ ولم يَفْضُلْ له شيءٌ أو أنثى ورِثَتِ السُّدُسَ وأُعيلَتْ (عُمِلَ بالأحوَطِ في حَقِّه) أي الحملِ (وحَقِّ غيرِه) كما يأتي (فإن انفصَلَ) كلُّه (حَيًّا) حياةً مُستقِرّةً يقينًا وتُعْرَفُ بنحوِ قبضِ يَدٍ وبَسطِها لا بمُجَرَّدِ نحوِ اختلاجٍ؛ لأنّه قد يقعُ مثلُه لانضِغاطٍ وتَقَلُّصِ عَصَبٍ ومن ثَمَّ ألغَوْا كلَّ ما لا تُعْلَمُ به الحياةُ لاحتمالِ أنّه لِعارِضٍ آخرَ (لِوقتٍ يُعْلَمُ) أو يُظَنُّ إذْ إلحاقُ الولدِ بالفِراشِ ظَنّيٌّ أقامَه الشّارعُ مَقامَ العلمِ فالعلمُ في كلامِهم المُرادُ به الحقيقيُّ أو المُنَزَّلُ منزلَتَه (وجودُه عندَ الموت) بأن انفصَلَ لأقَلَّ من أكثرَ من مُدّةِ الحملِ ولم تكن فِراشًا لأحَدٍ أو لِدونِ ستّةِ أشهرٍ وإنْ كانت فِراشًا أو اعترفَ الورثةُ بوجودِه الممكنِ عندَ الموت (ورِثَ) لِثُبوت نَسَبه وخرج بكلِّه موتُه قبلَ تمامِ انفِصالِه فإنّه كالميِّت هنا وفي سائِرِ الأحكامِ إلا في الصّلاةِ عليه إذا استَهَلَّ، ثمّ مات قبلَ تمامِ انفِصالِه وفيما إذا حَزَّ إنسانٌ رَقَبَتَه قبلَ انفِصالِه فإنّه يُقْتَلُ به وبِحياةٍ مُستقِرّةٍ ما لو انفَصَلَ وحياتُه لَثَبَتَ كذلك كأنْ شَكَّ فيها أو في استقرارِها فهو في حكمِ الميِّت (وإلا) بأن انفصَلَ مَيِّتًا ولو بجنايةٍ أو حَيًّا ولم يُعْلم وجودُه عندَ الموت (فلا) يَرِثُ؛ لأنّ الأوّلَ كالعدمِ والثانيَ مُنْتَفٍ نَسَبُه عن الميِّت ولا يُنافي هذا المقتضي لِتَوَقُّفِ إرْثِه على وِلادَته بشرطِها ما مَرَّ أنّه ورِثَ وهو جَمادٌ؛ لأنّ هذا باعتبارِ الظُّهورِ وذاك باعتبارِ التَّبَيُّنِ، ثمّ رأيت الإمامَ ذكرَ ما يُصَرِّحُ بذلك وأنّ المشروطَ بالشرطَين إنّما هو الحكمُ بالإرثِ لا الإرثُ نفسُه وبعضُهم أجابَ بما يوهِمُ خلافَ ذلك فلا يُعَوَّلُ عليه واعلم أنّ مَنْ يَرِثُ مع الحملِ لا يُعْطَى إلا اليقينُ (بَيانُه) أنْ تقولَ (إنْ لم يكن وارِثٌ سِوَى الحملِ أو كان مَنْ قد يحجُبُه) الحملُ (وُقِفَ المالُ) إلى انفِصالِه (وإنْ كان مَنْ لا يحجُبُه) الحملُ (وله) سهْمٌ.

مُقَدَّرٌ أُعطيَه عائِلاً إنْ أمكَنَ عَوْلٌ كَزَوْجةٍ حامِلٍ وأبَوَيْنِ لَها ثُمُنٌ ولهما سُدُسانِ عائِلانِ، وإنْ لم يَكُنْ له مُقَدَّرٌ كأولادٍ لم يُعْطَوْا، وقيلَ أكْثَرُ الحملِ أربَعَةٌ فَيُعْطَوْنَ اليقينَ. والخُنْثَى المُشْكِلُ إنْ لم يَخْتَلِفْ إرْثُه كوَلَدِ أُمٍّ ومُعْتِقٍ فَذاكَ، وإلّا ....

(مُقَدَّرٌ أُعطيَه عائِلاً إنْ أمكنَ عَوْلٌ كزوجةٍ حامِلٍ وأبوَين لها ثُمُنٌ ولَهما سُدُسانِ عائِلانِ) لاحتمالِ أنّه بنتانِ فتكونُ من أربَعٍ وعِشرين وتَعولُ لِسَبْعةٍ وعِشْرين لِلزوجةِ ثلاثةٌ وللأبوَين ثمانيةٌ ويوقَفُ الباقي فإنْ كان بنتَين فهو لهما وإلا كُمِّلَ الثُّمُنُ والسُّدُسانِ وهذه هي المنبَرِيّةُ لأنّ عَليًا كرَّمَ اللّه وجهَه سُئِلَ عنها وهو يخطُبُ بمنبَرِ الكوفة على رَوِيِّ العين والألِفِ فقال ارتجالاً صار ثُمُنُ المرأةِ تُسعًا (وإنْ لم يكن له مُقَدَّرٌ كأولادٍ لم يُعطَوا) حالاً شيئًا إذْ لا ضَبْطَ للحملِ؛ لأنّه وُجِدَ منه في بَطْنٍ خمسةٌ وسَبْعةٌ واثنا عَشَرَ وكذا أربَعون على ما حَكاه ابنُ الرِّفعةِ رَحِمَهُ اللهُ وأنّ كلًّا منهم كان كالإصبَعِ وأنّهم عاشوا ورَكِبوا الخيلَ مع أبيهم في بَغْدادَ وكان من سلاطينِها.

(تنبيهٌ) إذا لم يُعْطَوْ شيئًا حالاً ولم يكن لهم مالٌ غيرَ حِصَّتهم من التَّركةِ فالكامِلُ منهم الحكمُ فيه ظاهرٌ وهو أنّه يُحَصِّلُ كِفايةَ نفسِه إلى الوضعِ؛ لأنّ حِصَّتَه الآنَ بمنزلةِ العدم م وأمّا المحجورُ فهو الذي يحتاجُ لِلنّظَرِ والذي يظهرُ فيه أنّ الوليَّ الوصيَّ أو غيرَه يرفَعُ الأمرَ إلى القاضي لِيَفْعَلَ نظيرَ ما مَرَّ في هَرَبِ نحوِ عامِلِ المُساقاةِ إذا تعذَّرَ بيعُ نصيبه ولم يوجَدْ مُتَبَرِّعٌ وفي اللّقيطِ إذا لم يوجَدْ مُقْرِضٌ ولا بيتُ مالٍ ولا مُتَبَرِّعٌ فحينئذٍ يُفْتَرَضُ لهم من بيت المالِ أو غيرِه فإنْ تعذَّرَ أَلزَمَ الأغنياءَ بالإنفاقِ عليهم قرْضًا فإنْ تعذَّرَ القاضي، ولو بغَيْبَته فوقَ مَسافة العدْوَى أو خيفَ منه على المالِ اقترَضَ الوليُّ وله الإنفاقُ من مالِه والرُّجوعُ إنْ أشهَدَ أنّه أنفَقَ ليرجعَ فإنْ لم يكن وليٌّ لَزِمَ صُلَحاءَ البلَدِ إقامةُ مَنْ يَفْعَلُ ما ذُكِرَ أخذًا مِمّا مَرَّ أواخِرَ الحجْرِ والذي يظهرُ أخذًا مِمّا مَرَّ في زكاةِ نحوِ المغصوبِ أنّ الحاكِمَ لا يقترِضُ هنا لإخراجِ زكاةِ الفطرِ بل يُؤَخِّرُ للوَضْعِ، ثمّ يُخْرِجُ لِما مَضى وفارَقت النَّفَقة بأنّها حالاً ضَروريّةٌ ولا كذلك الزّكاةُ ويَجْري ذلك كلُّه في سائِرِ صوَرِ الوقفِ في كلامِهم.

(وقيلَ أكثرُ الحملِ أربَعةٌ) بالاستقراءِ وانتصر له كثيرون (فيُعطَوْنَ اليقين) فيوقَفُ ميراثُ أربَعةٍ ويُقْسَمُ الباقي ففي ابنٍ وزوجةٍ حامِلٍ لها الثُّمُنُ وله خُمُسُ الباقي ويُمَكَّنُ مَنْ دُفِعَ له شيءٌ من التَّصرُّفِ فيه ولا يُطالَبُ بضامِنٍ وإن احتُمِلَ تَلَفُ الموقوفِ ورَدُّ ما أخذَه لِيُقْسَمَ بين الكلِّ كما مَرَّ.

(تنبيهٌ) يُكْتَفَى في الوقفِ بقولِها أنا حامِلٌ وإنْ ذكرَتْ عَلامةً خَفيّةً بل ظاهرُ كلامِ الشيخينِ أنّه متى احتُمِلَ لِقُربِ الوطءِ وُقِفَ وإنْ لم تَدَّعِه.

(والخُنثى المُشكِلُ) وهو مَنْ له آلَتا الرّجُلِ والمرأةِ، وقد يكونُ له كثُقْبةِ الطّائِرِ وما دامَ مُشكِلاً استَحالَ كونُه أبًا أو جدًّا أو أُمًّا أو زوجًا أو زوجةً وهو من تَخَنّثَ الطّعامُ اشتبَهَ طَعْمُه المقصودُ بطَعْمٍ آخرَ (وإنْ لم يختلف إرثُه) بذُكورتِه أو أُنوثَته (كوَلَدِ أُمٍّ ومُعتقٍ فذاك) واضِحٌ أنّه يُدْفَعُ له نصيبُه (وإلا) بأنْ اختلف إرثُه بالذُّكورةِ وضِدِّها.

فَيُعْمَلُ باليقينِ في حَقِّه وحَقِّ غيرِه ويوقَفُ المشكوكُ فيه حتّى يَتَبَيَّنَ. وَمَن اجْتمع فيه جِهَتا فَرْضٍ وتَعْصيبٍ كَزَوْجٍ هو مُعْتِقٌ أو ابنُ عَمٍّ ورِثَ بهما، فلو وُجِدَ في نِكاحِ المجوسِ أو الشُّبْهةِ بنْتٌ هيَ أُختٌ ورِثَتْ بالبُنوّةِ، وقيلَ بهما، واللّٰهُ أعْلمُ.

(فيُعمَلُ باليقينِ في حَقِّه وحَقِّ غيرِه ويوقَفُ) الباقي (المشكوكُ فيه حتى يتبَيَّنَ) حالُه ولو بقولِه وإن اتُّهِمَ فإنْ ورِثَ بتقديرٍ لم يُدْفَعْ له شيءٌ ووُقِفَ ما يَرِثُه على ذلك التقديرِ وإنْ ورِثَ عليهما لكن اختلف إرْثُه أُعْطيَ الأقَلَّ ووُقِفَ الباقي أمثِلةُ ذلك التي في أصلِه ولَدٌ خُنثَى وأخٌ يُصْرَفُ للوَلَدِ النّصفُ ولَدٌ خُنثَى وبنتٌ وعَمٌّ يُعطَى الخُنثَى والبنتُ الثُّلُثَين بالسّويّةِ ويوقَفُ الثُّلُثُ بين الخُنثَى والعمِّ ولَدٌ خُنثَى وزوجٌ وأبٌ لِلزوجِ الربعُ وللأبِ السُّدُسُ وللخُنثَى النّصفُ ويوقَفُ الباقي بينه وبين الأبِ، ولو مات الخُنثَى مُدّةَ الوقفِ والورثةُ غيرُ الأوّلين أو اختلف إرْثهم لم يَبْقَ إلا الصُّلْحُ ويَجوزُ من الكُمَّلِ في حَقِّ أنْفُسِهم على تَفاوُتٍ وتَساوٍ وإسقاطِ بعضِهم ولا بُدَّ من لفظِ صُلْحٍ أو تَواهُبٍ واغتُفِرَ مع الجهْلِ لِلضَّرورةِ ولا يُصالَحُ نحوُ وليِّ محجورٍ على أقَلَّ من حَقِّه بفرضِ إرْثِه، (ومَنِ اجتَمع فيه جهتا فرضٍ وتعصيبٍ كزوجٍ هو مُعتقٌ أو ابنِ عَمٍّ ورِثَ بهما) لاختلافِهما فيأخُذُ النّصفَ بالزوجيّةِ والباقيَ بالولاءِ أو ببُنوّةِ العمِّ وخرج بجهتا فرضٍ وتعصيبٍ إرْثُ الأبِ بالفرضِ والتعصيبِ فإنّه بجِهةٍ واحدةٍ هي الأبوّةُ.

(قُلت فلو وُجِدَ في نِكاحِ المجوسِ أو الشُّبهةِ بنتٌ هي أختٌ) لأبٍ بأنْ وطِئَ بنتَه فأولَدَها بنتًا، ثم ماتت العُلْيا عنها فهي أختُها من أبيها وبنتُها (ورِثَت بالبُنوّةِ) فقط؛ لأنّهما قرابَتانِ يورَثُ بكلٍّ منهما بالفرضِ عندَ الانفرادِ فبأقواهما عندَ الاجتماعِ كالأخت لأبوَين لا تَرِثُ النّصفَ بأُخوّةِ الأبِ والسُّدُسَ بأُخوّةِ الأمِّ وزعم أنّه لا يلزمُ من انتفاءِ التوريثِ بجهتَيْ فرضٍ انتفاؤُه بجهتَيْ فرضٍ وتعصيبٍ ممنوعٌ؛ لأنّ الفرضَ أقوى من التعصيبِ فإذا لم يُؤَثِّرْ فأولى التعصيبُ ولا يَرِدُ ما مَرَّ في الزوجِ؛ لأنّ كلامَنا هنا في جهتَيْ فرضٍ وتعصيبٍ من جِهةِ القرابةِ.

(وقيلَ) تَرِثُ (بهما) النّصفَ بالبُنوّةِ والباقي بالأُخوّةِ وهو قياسُ ما يأتي في ابنَيْ عَمٍّ أحدُهما أخٌ لأُمٍّ حيثُ يأخُذُ بأُخوّةِ الأمِّ وبُنوّةِ العمِّ إلا أنْ يُفرَّقَ بأنّ وجودَ ابنِ العمِّ فقط معه أوجَبَ له تَمَيُّزًا عليه فوَجَبَ العمَلُ بقضيّته وهنا لا موجِبَ لِلتَّمَيُّزِ لاتِّحادِ الأخذِ فإنْ قُلت قضيّةُ ذلك أنّه لو كان مع هذه البنت التي هي أختٌ لأبٍ أختٌ أخرى خُيِّرَ بأنْ أخذَت الأولى النّصفَ بالبُنوّةِ وقُسِمَ الباقي بينهما بالأُخوّةِ وكلامُهم يأبى ذلك ويقتضي أنّ الباقيَ لِلثّانيةِ فقط قُلْتُ ليس قضيّتُه ذلك؛ لأنّ التعصيبَ في الأولى إنّما جاءَ فيها من جِهةِ البنتيّةِ التي فيها، وقد أخذَتْ بها بخلافِ بُنوّةِ العمِّ في الأخ للأمِّ فإنّ تعصيبَه بها ليس من جِهةِ أُخوّته التي أخذَ بها وقولُهم السّابِقُ في الولاءِ لَمّا أخذَ فرضَها لم تصلُحْ لِلتّقْويةِ يُؤَيِّدُ ذلك فتأمّلْه (واللّٰه أعلم) وهذا استدراكٌ على إطلاقِ أصلِه أنّ مَنْ فيه جهتا فرضٍ وتعصيبٍ يَرِثُ بهما وقولُ جمعٍ من الشُّرّاحِ لا يحتاجُ لهذه الزّيادةِ لِعلمِها من قولِه الآتي ومَنِ اجتَمع

ولو اشْتَرَكَ اثْنانِ في جِهةِ عُصوبةٍ وزادَ أحَدُهما بقَرابةٍ أُخرَى كابنَيْ عَمٍّ أحَدُهما أخٌ لأُمٍّ فَلَه السُّدُسُ والباقي بينهما، فلو كان معهما بنْتٌ فَلَها نِصْفٌ والباقي بينهما سَواءٌ، وقيلَ: يَخْتَصُّ به الأخُ.

وَمَن اجْتَمع فيه جِهَتا فَرْضٍ ورِثَ بأقْواهما فَقَطْ، والقوّةُ بأنْ تَحْجُبَ إحْداهما الأُخْرَى أو لا تَحْجُبَ أو تَكونَ أقَلَّ حَجْبًا فالأوّلُ كَبِنْتٍ هيَ أُخْتٌ لأُمٍّ بأنْ يَطأَ مَجوسيٌّ أو مُسْلِمٌ بشُبْهةٍ أُمَّه فَتَلِدَ بنْتًا، والثّاني كأُمٍّ هيَ أُخْتٌ لأبٍ بأنْ يَطأَ بنْتَه فَتَلِدَ بنْتًا، والثّالِثُ كأُمِّ أُمٍّ هيَ أُخْتٌ بأنْ يَطأَ هَذِه البِنْتَ الثّانيةَ فَتَلِدَ ولَدًا فالأولَى أُمُّ أُمِّه وأُخْتُهُ.

فيه جهتا فرضٍ نعم، أفادَتْ حِكايةُ وجهٍ ليس في أصلِه غيرُ سديدٍ؛ لأنّ ما هنا من قاعِدةِ اجتماعِ فرضٍ وتعصيبٍ إذِ الأختُ عصبةٌ مع البنت وما يأتي من قاعِدةِ اجتماعِ فرضَين ولا يلزمُ من رِعايةِ الفرضِ الأقوى، ثمّ رِعايةُ خُصوصِ الفرضِ وأنّه الأقوى هنا نعم، في عبارةِ أصلِه ما يُفْهِمُ هذا الاستدراك ولَعَلَّه أشارَ لِذلك بقولِه فلو تفريعًا على ما في أصلِه المُفْهِمِ له ومع ذلك هو حَسَنٌ لِوُضوحِه وخَفاءِ ذاك؛ لأنّ في التّصْريحِ من الوُضوحِ وبَيانِ المُرادِ ما ليس في غيرِه لا سيَّما ما فيه خَفاءٌ .

(**ولو اشترك اثنانِ في جِهةِ عُصوبةٍ وزاد أحدُهما بقَرابةٍ أخرى كابنَيْ عَمٍّ أحدُهما أخٌ لأمٍّ**) بأنْ يَتعاقَبَ أخوانِ على امرَأةٍ وتَلِدَ لِكلٍّ ابنًا ولأحَدِهما ابنٌ من غيرِها فابناه ابنا عَمِّ الآخرِ وأحدُهما أخوه لأمِّه (**فله السُّدُسُ**) فرضًا بأُخوّةِ الأمِّ (**والباقي بينهما بالسّويّةِ**) وإنّما أخذَ الأخُ من الأمِّ في الولاءِ جميعَ المالِ لِما مَرَّ أنّ أُخوّةَ الأمِّ لا إرْثَ بها فيه فتَمَحَّضَتْ لِلتَّرْجيحِ بخلافِه هنا (**فلو كان معهما بنتٌ فلها نصفٌ والباقي بينهما**) بالسّويّةِ لِسُقوطِ أُخوّةِ الأمِّ بالبنت (**وقيلَ يختصُّ به الأخُ**)؛ لأنّ أُخوَّتَه للأمِّ لَمّا حَجَبَتْ تَمَحَّضَتْ لِلتَّرْجيحِ كأخٍ لأبوَين مع أخٍ لأبٍ ويُرَدُّ بوُضوحِ الفرقِ فإنّ الحجْبَ هنا أبطَلَ اعتبارَ قرابةِ الأمِّ فكيف يُرجحُ بها حينئذٍ ولا يَرِدُ ما مَرَّ في الولاءِ؛ لأنّها ثَمَّ لم يوجَدْ مقتضٍ للإرثِ بها وهنا وُجِدَ مانِعٌ لها عنه وشَتّانَ ما بينهما، (**ومَنِ اجتمع فيه جهتا فرضٍ ورِثَ بأقواهما فقط**) لِما مَرَّ (**والقوّةُ بأنْ تَحْجُبَ إحداهما الأخرى**) حَجْبَ حِرْمانٍ أو نُقْصانٍ (**أو لا تَحْجُبَ**) أصلًا والأخرى قد تَحْجُبُ (**أو تكون أقَلَّ حَجْبًا**) من الأخرى (**فالأوّلُ كبنتٍ هي أختٌ لأمٍّ بأنْ يَطأَ مَجوسيٌّ أو مسلمٌ بشُبهةٍ أُمَّه فتَلِدَ بنتًا**) فالأُخوّةُ للأمِّ ساقِطةٌ بالبنتيّةِ وصورةُ حَجْبِ النُّقْصانِ أنْ ينكِحَ مَجوسيٌّ بنتَه فتَلِدَ بنتًا ويَموتَ عنهما فلَهما الثُّلُثانِ ولا عبرةَ بالزوجيّةِ؛ لأنّ البنتَ تَحْجُبُ الزوجةَ من الربعِ إلى الثُّمُنِ (**والثاني كأُمٍّ هي أختٌ لأبٍ بأنْ يَطَأَ بنتَه فتَلِدَ بنتًا**) فتَرِثُ بالأُمومةِ؛ لأنّها لا تَحْجُبُ حِرْمانًا أصلًا والأختُ تَحْجُبُ (**والثالثُ كأُمِّ أُمٍّ هي أختٌ**) لأبٍ (**بأنْ يَطأَ هذه البنتَ الثانيةَ فتَلِدَ ولَدًا فالأولى أُمُّ أُمِّه**) أي الولدِ (**وأختُه**) لأبيه فتَرِثُ بالجُدودةِ؛ لأنّها أقَلُّ حَجْبًا إذْ لا يحجُبُها إلا الأمُّ والأختُ يحجُبُها جَماعةٌ نعم، إنْ حُجِبَت القويّةُ ووَرِثَتْ بالضّعيفة كما لو مات هنا عن الأمِّ وأُمِّها فأقوى جهتَي العُلْيا وهي الجُدودةُ

فَصْلٌ

إنْ كانت الورثةُ عَصَباتٍ قُسِمَ المالُ بالسّويّةِ إنْ تَمَحَّضوا ذُكورًا أو إناثًا، وإن اجْتَمع الصِّنْفانِ قُدِّرَ كُلُّ ذَكرٍ أُنْثَيَيْنِ وعَدَدُ رُءوسِ المقْسومِ عليهم أصْلُ المسْألةِ، وإنْ كان فيهم ذو فَرْضٍ أو ذَوا فَرْضَيْنِ مُتَماثِلَيْنِ فالمسْألةُ من مَخْرَجِ ذلك الكسْرِ فَمَخْرَجُ النِّصْفِ اثْنانِ والثُّلُثِ ثَلاثةٌ والرُّبُعِ أربَعةٌ والسُّدُسِ سِتّةٌ والثُّمُنِ ثَمانيةٌ. وإنْ كان فَرضانِ مُخْتَلِفا المخْرَجِ فإنْ تَداخَلَ مَخْرَجاهما فأصْلُ المسْألةِ أكْثَرُهما كَسُدُسٍ وثُلُثٍ.

محجوبةٌ بالأُمِّ فتَرِثُ بالأُخوّةِ فللأُمِّ الثُّلُثُ بالأُمومةِ ولا تنقُصُها أُخوّةُ نفسِها مع الأخرى عن الثُّلُثِ إلى السُّدُسِ وللعُلْيا النّصفُ بالأُخوّةِ ويُلْغَزُ بها فيُقالُ قد تَرِثُ الجدّةُ أُمُّ الأُمِّ مع الأُمِّ ويكونُ للجَدّةِ النّصفُ وللأُمِّ الثُّلُثُ قال الشيخانِ ولا يَرِثون هنا بالزوجيّةِ قطعًا لِبُطْلانِها وفيه نَظَرٌ بناءً على الأصحِّ من صحّةِ أنْكِحَتِهِمْ.

فصل في أُصولِ المسائلِ وما يَعولُ منها وتَوابِعَ لِذلك

(إنْ كانت الورثةُ عَصَباتٍ) بالنّفْسِ وتأتي فيه الأقسامُ الثلاثةُ الآتيةُ أو بالغيرِ ويختَصُّ بالثالِثِ (قسمُ المالِ) يعني التّركةَ من مالٍ. وغيرِه (بينهم بالسّويّةِ إنْ تَمَحَّضوا ذُكورًا) كبَنين أو إخوةٍ (أو إناثًا) كثلاثِ نِسوةٍ أعتقنَ قِنًّا بالسّويّةِ ولا يُتَصَوَّرُ في غيرِهِنّ على أنّ السُّبْكيَّ نازع في أنّه وُجِدَ فيها اجتماعُ عَصَباتٍ حائِزاتٍ لكن بما لا جَدْوَى له (وإنْ) عَطْفٌ على أنّ الأولى لا الثانيةَ لِفَسادِ المعنى لَكِنّه يوهِمُ أنْ هذا القِسمَ ليس فيه أنّ الورثةَ عَصَباتٌ ولم يُبالِ به لِوُضوحِ المُرادِ (اجتَمع الصِّنْفانِ) من النّسَبِ (قُدِّرَ كلُّ ذكرٍ أنثيَين) عدلَ إليه عن قُدِّرَ للأنثى نصفُ نصيبه لاتِّفاقِهم على عدمِ ذِكْرِ الكسرِ (وعددُ الرُّءوسِ المقسومِ عليهم) يُقالُ له (أصلُ المسألةِ) قيلَ الأحسَنُ إعرابُ أصلُ مُبْتَدَأً مُؤَخَّرٌ ويُجابُ بأنّ المُرادَ الحكمُ على هذا العددِ بأنّه يُقالُ له ذلك كما قدَّرْته ففي ابنٍ وبنتٍ هي من ثلاثةٍ وكذا في الولاءِ إنْ لم يتفاوَتوا في الملكِ وإلا فأصلُ المسألةِ من مخرَجِ المقاديرِ كالفُروضِ.

(وإنْ كان فيهم) أي الورثةِ لا العصَبات وإنْ دَلَّ السّياقُ عليه لِفَسادِ المعنى (ذو فرضٍ أو ذَوا) بالتّثنيةِ (فرضَين) أو كانوا كلُّهم ذَوي فرضٍ أو ذَوي فرضَين فالاقتصارُ على الصّورةِ الأولى لِلتّمْثيلِ (مُتماثِلين فالمسألةُ) أصلُها (من مخرَجِ ذلك الكسرِ) ففي بنتٍ وعَمٍّ هي من اثنين وفي أُمٍّ وأخٍ لأُمٍّ وأخٍ لأبٍ هي من ستّةٍ وزوجٍ وشَقيقة أو أختٍ لأبٍ هي من اثنين وتُسَمَّى اليتيمةَ إذْ ليس لَنا شَخْصانِ يَرِثانِ المالَ مُناصَفة فرضًا سِواهما وأختَين لِغيرِ أُمٍّ وأخوَين لأُمٍّ هي من ثلاثةٍ والمخرَجُ أقَلُّ عددٍ يصحُّ منه الكسرُ (فمخرَجُ النّصفِ اثنانِ والثُّلُثِ) والثُّلُثَين (ثلاثةٌ والربعِ أربَعةٌ والسُّدُسِ ستّةٌ والثُّمُنِ ثمانيةٌ) وكلُّها مُشْتَقة من اسمِ العددِ لفظًا ومعنى إلا النّصفَ فإنّه من المُناصَفة لِتَناصُفِ القِسمَين واستوائِهما، ولو أُريدَ ذلك لَقيلَ ثُنْيٌ بضَمِّ أوّلِه كثُلُثٍ وما بعدَه، (وإنْ كان) أي وُجِدَ (فرضانِ مختَلِفا المخرَجِ فإنْ تداخَلَ مخرَجاهما فأصلُ المسألةِ أكبرُهما كسُدُسٍ وثُلُثٍ) في أُمٍّ وأخٍ لأُمٍّ وعَمٍّ هي من ستّةٍ.

وإنْ تَوافَقا ضُرِبَ وفْقُ أحَدِهما في الآخَرِ، والحاصِلُ أصْلُ المسْألةِ كَسُدُسٍ وثُمُنٍ فالأصْلُ أربَعةٌ وعِشْرونَ.
وإنْ تَبايَنا ضُرِبَ كُلٌّ في كُلٍّ والحاصِلُ الأصْلُ كَثُلُثٍ ورُبُعٍ فالأصْلُ اثْنا عَشَرَ فالأُصولُ سَبْعةٌ: اثْنانِ وثَلاثةٌ وأربَعةٌ وسِتّةٌ وثَمانيةٌ واثْنا عَشَرَ وأربَعةٌ وعِشْرونَ.
والذي يَعولُ منها السِّتّةُ إلى سَبْعةٍ كَزَوْجٍ وأُخْتَيْنِ، ....

(وإنْ تَوافَقا) بأحدِ الأجزاءِ (ضُرِبَ وفقُ أحدِهما في الآخرِ والحاصِلُ أصلُ المسألةِ كسُدُسٍ وثُمُنٍ) في أُمٍّ وزوجةٍ وابنٍ (فالأصلُ أربَعةٌ وعِشرون) حاصِلةٌ من ضَرْبِ نصفِ أحدِهما في كامِلِ الآخرِ وهو أربَعةٌ في ستّةٍ أو ثلاثةٌ في ثمانيةٍ (وإنْ تَبايَنا ضُرِبَ كلٌّ) منهما (في كلٍّ والحاصِلُ الأصلُ كثُلُثٍ ورُبُعٍ) في أُمٍّ وزوجةٍ وشَقيقٍ (الأصلُ اثنا عَشَرَ) حاصِلةٌ من ضَرْبِ ثلاثةٍ في أربَعةٍ أو عكسُه (فالأُصولُ) أي المخارِجُ (سبعةٌ) فرَّعَه على ما قبله لِعلمِه من ذِكْرِه للمَخارِجِ الخمسةِ وزيادةِ الأصلينِ الآخرين (اثنانِ وثلاثةٌ وأربَعةٌ وستّةٌ وثمانيةٌ واثنا عَشَرَ وأربَعةٌ وعِشرون)؛ لأنّ الفُروضَ القُرآنيّةَ لا يخرُجُ حِسابُها عن هذه وزاد مُتأخِّرو الأصحابِ أصلينِ آخرَين في مسائلِ الجدِّ والإخوةِ حيثُ كان ثُلُثُ الباقي بعدَ الفُروضِ خيرًا له ثمانيةَ عَشَرَ كجَدٍّ وأُمٍّ وخمسةِ إخوةٍ لِغيرِ أُمٍّ؛ لأنّ أقلَّ عددٍ له سُدُسٌ صحيحٌ وثُلُثُ ما يبقى هو الثمانيةَ عَشَرَ وستّةَ وثلاثين كزوجةٍ وأُمٍّ وجَدٍّ وسَبْعةِ إخوةٍ لِغيرِ أُمٍّ؛ لأنّ أقلَّ عددٍ له رُبُعٌ وسُدُسٌ صحيحانِ وثُلُثُ ما يبقى هو السِّتّةُ والثلاثون واستصوَبَ المُتوَلّي والإمامُ هذا واختارَه في الروضةِ لأنّه أخصَرُ ولأنّ ثُلُثَ ما يبقى فرضٌ ضُمَّ لِغيرِه فلْتكن الفريضةُ من مخرَجِهما كما في زوجٍ وأبوَين هي من ستّةٍ اتِّفاقًا فلولا ضَمُّ ثُلُثِ الباقي لِلنّصفِ لَكانتْ من اثنين وتَصِحُّ من ستّةٍ ونوزِعَ في الاتِّفاقِ بأنّ جمعًا جعلوها من اثنين واعتَذَرَ الإمامُ عن القُدَماءِ بأنّهم إنّما جعلوا ذلك تصحيحًا لِوُقوعِ الخلافِ في ثُلُثِ الباقي والأُصولُ إنّما هي موضوعةٌ للمُجْمَعِ عليه.

(والذي يَعولُ منها) أي من هذه الأُصولِ ثلاثةٌ ومَرَّ أنّ العولَ زيادةٌ في السِّهام ونَقْصٌ في الأنصِباءِ، وقد أجمع الصّحابةُ رضي الله عنهم عليه لَمّا جَمعهم عمرُ مُستَشْكِلًا القِسمة في زوجٍ وأختَين فأشارَ عليه العبّاسُ به أخذًا مِمّا هو معلومٌ فيمَنْ مات وتَرَك ستّةً وعليه لِرجلٍ ثلاثةٌ ولِآخرَ أربَعةٌ أنّ المالَ يُجْعَلُ سبعةَ أجزاءٍ ووافَقوه، ثمّ خالف فيه ابنُ عَبّاسٍ رضي الله عنهما وكأنّه مِمَّنْ يَرى أنّ شرطَ انعِقادِ الإجماعِ الذي تَحْرُمُ مُخالفتُه انقراضُ العصْرِ وسُكوتُه ليس لِظَنّه أنّ عمرَ لا يقبَلُ الحقَّ لو ظهر له بل لِكونِه لم يقوَ عندَه سبَبُ المُخالَفة كذا قيلَ ويلزمُ منه أنْ لا إجماعَ إلا أنْ يُقال إنّ عدمَ ظُهورِ شيءٍ له حينئذٍ صَيَّرَه كالعدمِ بالنّسبةِ لانعِقادِ الإجماعِ وإنْ جازَ له خَرْقُه بعدَ النّظَرِ لِعدمِ انقراضِ العصْرِ بل بالنّظَرِ لهذا يَجوزُ له خَرْقُه وإنْ وافَقَ المُجْمِعين أوّلًا ونظيرُه ما وقَعَ لِعَليٍّ كرَّمَ اللّه وجهَه في بيعِ أُمِّ الولدِ حيثُ وافَقَهم على مَنْعِه، ثمّ رَأى جوازَه فقال له عَبيدةُ السّلْمانيُّ رَأيُك في الجماعةِ أحَبُّ إلينا من رَأيِك وحدَك وحينئذٍ لا إشكالَ أصلًا (السِّتّةُ إلى سبعةٍ كزوجٍ وأختَين) لِغيرِ أُمٍّ فتَعولُ بمثلِ سُدُسِها

وإلى ثَمانيةٍ كَهم وأُمٌّ، وإلى تِسْعةٍ كَهم وأخٍ لأُمٍّ، وإلى عَشَرةٍ كَهم وآخرَ لأُمٍّ. والاثْنا عَشَرَ إلى ثَلاثةَ عَشَرَ كَزَوْجةٍ وأُمٍّ وأُخْتَيْنِ، وإلى خَمسةَ عَشَرَ كَهم وأخٍ لأُمٍّ، وسَبْعةَ عَشَرَ كَهم وآخرَ لأُمٍّ. والأربَعةُ والعِشْرونَ إلى سَبْعةٍ وعِشْرينَ كَبِنْتَيْنِ وأبَوَيْنِ وزَوْجةٍ.

وإذا تَماثَلَ العدَدانِ فَذاكَ وإن اخْتَلَفا وفَنِيَ الأكْثَرُ بالأقَلِّ مَرَّتَيْنِ فأكْثَرَ فَمُتَداخِلانِ كَثَلاثةٍ مع سِتّةٍ أو تِسْعةٍ وإنْ لم يَفْنَهما إلّا عَدَدٌ ثالِثٌ فَمُتَوافِقانِ بجُزْئِه كأربَعةٍ وسِتّةٍ بالنِّصْفِ،

ونَقَصَ من كلٍّ سُبْعُ ما نَطَقَ له به (وإلى ثمانيةٍ كهم) إدْخالُ الكافِ على الضّميرِ لُغةٌ عدلَ إليها مع قِلَّتها رَوْمًا لِلاختصارِ (وأُمٍّ) لها السُّدُسُ وكزوجٍ وأختٍ لِغيرِ أُمٍّ وأُمٍّ وتُسَمَّى المُباهَلةَ من البهْلِ وهو اللّعْنُ؛ لأنّ عمرَ لَمّا قضى فيها بذلك خالفه ابنُ عَبّاسٍ بعدَ موته فجعلَ للأخت ما بَقِيَ بعدَ النّصفِ والثُّلُثِ فقيلَ له خالفت النّاسَ فطلب المُباهَلةَ المذكورةَ في الآيةِ وفيه ما مَرَّ آنِفًا (وإلى تسعةٍ كهم وأخٍ لأُمٍّ) له السُّدُسُ (وإلى عَشَرةٍ كهم وآخرَ لأُمٍّ) له السُّدُسُ وتُسَمَّى أُمَّ الفرّوخِ بالخاءِ المُعْجَمةِ والجيم لِكثرةِ الإناثِ فيها أو لِكثرةِ سِهامِها العائِلةِ والشُّرَيْحيّةَ؛ لأنّ القاضيَ شُرَيْحًا أوّلُ مَنْ جعلها عَشَرةً (والاثنا عَشَرَ) تَعولُ (إلى ثلاثةَ عَشَرَ كزوجةٍ وأُمٍّ وأختَين) لِغيرِ أُمٍّ فتَعولُ بنصفِ سُدُسِها (وإلى خمسةَ عَشَرَ كهم وأخٍ لأُمٍّ) له السُّدُسُ (وسَبْعةَ عَشَرَ كهم وآخرَ لأُمٍّ) له السُّدُسُ وكثلاثِ زوجاتٍ وجَدَّتَين وأربَعِ أخواتٍ لأُمٍّ وثمانِ أخواتٍ لِغيرِ أُمٍّ وتُسَمَّى أُمَّ الأرامِلِ؛ لأنّ فيها سبعَ عَشْرةَ أنثى مُتَساوياتٍ والدّيناريّةَ؛ لأنّ الميّتَ لو تَرَك سبعةَ عَشَرَ دينارًا خَصَّ كلًّا دينارٌ (والأربَعةُ والعِشْرون) تَعولُ (إلى سبعةٍ وعِشْرين) فقط (كبنتَين وأبوَين وزوجةٍ) فتَعولُ بمثلِ ثُمُنِها ومَرَّ أنّها تُسَمَّى المنبَريّةَ.

(وإذا تماثلَ العددانِ) كثلاثةٍ وثلاثةٍ (فذاك) ظاهرٌ أنّه يَكْتَفي بأحدِهِما (وإن اختلفا وفَنِيَ الأكثرُ بالأقَلِّ مَرَّتَين فأكثرَ كثلاثةٍ مع ستّةٍ أو تسعةٍ) أو خمسةَ عَشَرَ (فمُتَداخلانِ) لِدخولِ الأقَلِّ في الأكثرِ حينئذٍ وهو المُرادُ من التّفاعُلِ فيَكْتَفي بالأكبَرِ ويَجْعَلُ أصلَ المسألةِ كما مَرَّ (وإنْ) اختلفا و(لم يُفْنِهما إلا عددٌ ثالِثٌ فمُتَوافِقانِ بجُزْئِه كأربَعةٍ وستّةٍ) فإنّهما مُتَوافِقانِ (بالنصفِ)؛ لأنّ الأربَعةَ لا تُفْني السِّتّةَ بل يبقى منها اثنانِ يُفْنيانِ كِليهِما وهما عددٌ ثالِثٌ فكان التّوافُقُ بجُزْئِه وهو النّصفُ؛ لأنّ العبرةَ بِنِسبةِ الواحِدِ لِما وقَعَ به الإفناءُ ونِسبَتُه لِلاثنين النّصفُ ولِلثّلاثةِ كتسعةٍ واثنيْ عَشَرَ إذْ لا يُفْنيهِما إلا الثلاثةَ الثُّلُثُ وإلى الأربَعةِ كثمانيةٍ وأربَعين مع اثنين وخمسين إذْ لا يُفْنيهِما إلا أربَعةُ الربعِ ولم يُعْتَبَرْ هنا إفناءُ الاثنين.

لأنّه سبَقَ مِثالُ التّوافُقِ بالنّصفِ وهَكذا إلى العشَرةِ فإنْ كان المُفْنَى أكثرَ من عَشَرةٍ فالتّوافُقُ بالأجزاءِ كجُزْءٍ من أحدَ عَشَرَ ومتى تعدَّدَ المُفْنَى فالتّوافُقُ بحسبِ نِسبةِ الواحِدِ إلى كلٍّ من ذلك المُتعدِّدِ كاثنيْ عَشَرَ مع ثمانيةَ عَشَرَ يُفْنيهِما ثلاثةٌ وستّةٌ واثنانِ ونِسبةُ الواحِدِ للأولى ثُلُثٌ ولِلثّانيةِ سُدُسٌ ولِلثّالِثةِ نصفٌ فتَوافُقُهما بالأثلاثِ والأسداسِ والأنصافِ ومَرَّ أنّ حكمَهما أنّك تَضرِبُ وفْقَ أحدِ العددَين في الآخرِ لكن العبرةُ بأدَقِّ الأجزاءِ كالسُّدُسِ هنا.

وإنْ لم يَفْنَهما إلّا واحِدٌ تَبايَنا كثَلاثةٍ وأربَعةٍ، والمُتَداخَلانِ مُتوافِقانِ، ولا عَكْسَ.
(فَرْعٌ): إذا عَرَفْتَ أصْلَها وانْقَسَمَت السِّهامُ عليهم فَذاكَ، وإن انْكَسَرَتْ على صِنْفٍ قوبِلَتْ بعَدَدِه، فإنْ تَبايَنا ضُرِبَ عَدَدُه في المسْألةِ بعَوْلِها إنْ عالَتْ، وإنْ تَوافَقا ضُرِبَ وفْقُ عَدَدِه فيها فَما بلَغَ صَحَّتْ منه، وإن انْكَسَرَتْ على صِنْفَيْنِ قوبِلَتْ سِهامُ كُلِّ صِنْفٍ بعَدَدِه، فإنْ تَوافَقا رُدَّ الصِّنْفُ إلى وفْقِه، وإلّا تُرِكَ ....

(وإنْ) اختلفا و (لم يُفنِهما إلا واحدٌ) لم يَقُلْ عددٌ واحدٌ؛ لأنّه ليس بعددٍ عندَ أكثرِ الحُسّابِ (تَبايَنا)؛ لأنّ مُفْنيَهما وهو الواحدُ من غيرِ جنسِهما.

وهو العددُ وكأنّه أشارَ إلى هذا الفرقِ بتَغْييرِ الجُزْءِ الموجِبِ لِلسُّؤالِ عن حِكْمَته (كثلاثةٍ وأربَعةٍ) يُضْرَبُ أحدُهما في الآخرِ ويُجْعَلُ الحاصِلُ أصلَ المسألةِ كما مَرَّ، (والمُتَداخَلانِ مُتوافِقانِ) أي كلُّ مُتَداخِلينِ مُتَوافِقانِ بأجزاءِ ما في العددِ الأقَلِّ كثلاثةٍ مع ستّةٍ بينهما تَوافُقٌ بالأثلاثِ (ولا عكسَ) بالمعنى اللُّغَويِّ أي ليس كلُّ مُتَوافِقَين مُتَداخِلينِ لِوجودِ التّوافُقِ ولا تَداخُلَ كستّةٍ مع ثمانيةٍ؛ لأنّ شرطَ التّداخُلِ أنْ لا يَزيدَ الأقَلُّ على نصفِ الأكثرِ والمُرادُ بالتّوافُقِ هنا مُطْلَقُه الصّادِقُ بغيرِ التّبايُنِ لا التّوافُقُ السّابِقُ؛ لأنّه قسيمُ التّداخُلِ كما عُرِفَ من حَدَّيْهِما السّابِقَين فكيف يَصْدُقُ عليه ألا ترى أنّ الثلاثةَ لا توافِقُ السِّتّةَ حَقيقة؛ لأنّ شرطَه أنْ لا يُفْنيَهما إلا ثالِثٌ والثلاثةُ تُفْني السِّتّةَ.

(فرعٌ): في تصحيحِ المسائلِ ولِتَوَقُّفِه على معرفة تلك الأحوالِ الأربَعةِ وطَّأ له ببَيانِها وجعلَ الفرعَ ترجَمةً له؛ لأنّه المُنْدَرِجُ تحتَ كلّيٍّ سابِقٍ فالتّرجَمةُ به هنا أظهرُ منها فيما بعدُ ولِكونِ القصْدِ به سلامةَ الحاصِلِ لِكلٍّ من الكسرِ سُمّيَ تصحيحًا.

(إذا عَرَفْت أصلَها) أي المسألةِ (وانقَسَمت السِّهامُ عليهم) أي الورثةِ بلا كسرٍ كزوجٍ وثلاثةِ بَنين (فذاك) واضِحٌ غَنيٌّ عن العمَلِ (وإن انكسَرَتْ) السِّهامُ (على صِنفٍ) منهم (قوبِلَتْ) سِهامُه المُنْكسِرةُ (بعددِه فإنْ تبايَنا) أي السِّهامُ والرُّءوسُ (ضُرِبَ عددُه في المسألةِ بعَوْلِها إنْ عالَتْ) فما اجتَمع صَحَّتْ منه كزوجةٍ وأخوَين لهما ثلاثةٌ مُنْكسِرةٌ يُضْرَبُ اثنانِ عددُهما في أربَعةٍ أصلِ المسألةِ تبلُغُ ثمانيةً ومنها تَصِحُّ وكزوجٍ وخمسِ أخواتٍ لهنّ أربَعةٌ لا تَصِحُّ بضرب عددِهِنّ في سبعةٍ ومنها تَصِحُّ (وإنْ تَوافَقا ضُرِبَ وفْقُ عددِه) أي الصِّنْفِ (فيها) بعَوْلِها إنْ كان (فما بَلَغَ صَحَّتْ منه) كأُمٍّ وأربَعةِ أعمامٍ لهم سهمانِ يوافِقانِ عددَهم بالنّصفِ فيُضْرَبُ اثنانِ في ثلاثةٍ ومنها تَصِحُّ وكزوجٍ وأبوَين وستِّ بَناتٍ تَعولُ لِخمسةَ عَشَرَ للبَنات ثمانيةٌ توافِقُ عددَهُنّ بالنّصفِ فيُضْرَبُ نصفُهُنّ ثلاثةٌ في خمسةَ عَشَرَ تبلُغُ خمسةً وأربَعين ومنها تَصِحُّ، (وإن انكسَرَتْ على صِنفَين قوبِلَتْ سِهامُ كلِّ صِنفٍ) منهما (بعددِه فإنْ تَوافَقا) أي سِهامُ كلٍّ منهما وعددُه ويحتَمِلُ عَوْدَ الضّميرِ على مُطْلَقِ السِّهامِ والعددِ ليشمَلَ تَوافُقَ واحدٍ فقط (رُدَّ الصِّنْفُ) الموافِقُ أي عددُ رُءوسِه (إلى) جَزْءِ (وفْقِه وإلا) يتوافَقا كذلك بأنْ تَبايَنا في كلٍّ من القِسمَين أو إحداهما (تُرِك) عددُ كلِّ فريقٍ بحالِه في الأولى وتُرِك المُبايَنُ بحالِه في الثانيةِ فهذه ثلاثةُ أحوالٍ إمّا

ثم إنْ تَماثَلَ عَدَدُ الرؤوسِ ضُرِبَ أحَدُهما في أصْلِ المسْألةِ بعَوْلِها، وإنْ تَداخَلا ضُرِبَ أكْثرُهما، وإنْ توافَقا ضُرِبَ وفْقُ أحَدِهما في الآخَرِ ثم الحاصِلُ في المسْألةِ، وإنْ تَبايَنا ضُرِبَ أحَدُهما في الآخَرِ ثم الحاصِلُ في المسْألةِ، فَما بلَغَ صَحَّتْ منه، ويُقاسُ على هذا الانْكِسارُ على ثَلاثةِ أصْنافٍ وأربَعةٍ، ولا يَزيدُ الانْكِسارُ على ذلك، فإذا أرَدْتَ مَعْرِفةَ نَصيبِ كُلِّ صِنْفٍ من مَبْلَغِ المسْألةِ فاضْرِبْ نَصيبَه من أصْلِ المسْألةِ فيما ضَرَبْتَه فيها فَما بلَغَ فَهو نَصيبُه ثم تُقَسِّمُه على عَدَدِ الصِّنْفِ.

أنْ يوافِقَ كلٌّ أو لا يوافِقَ واحدٌ منهما أو يوافِقَ أحدهما فقط وفي كلٍّ منهما أربَعُ نِسَبٍ بين ذَوات الصِّنْفَين تَوافُقٌ وتَداخُلٌ وقَسيماهما **(ثمّ إنْ تماثلَ عددُ الرءوسِ)** في تلك الأحوالِ **(ضُربَ أحدُهما في أصلِ المسألةِ بعَوْلِها)** إنْ كان **(وإنْ تَداخَلا ضُرِبَ أكبَرُهما)** في ذلك **(وإنْ توافَقا ضُرِبَ وفْقُ أحدِهما في الآخرِ، ثمّ)** ضُربَ **(الحاصِلُ في)** أصلِ **(المسألةِ)** بعَوْلِها إنْ كان **(وإنْ تَبايَنا ضُرِبَ أحدُهما في الآخرِ، ثمّ)** ضُربَ **(الحاصِلُ في)** أصلِ **(المسألةِ)** بعَوْلِها إنْ كان **(فما بَلَغَ)** الضَّرْبُ في نَوْعٍ مِمّا ذُكِرَ **(صَحَّت المسألةُ منه)** ويُسَمَّى المضروبُ في المسألةِ من المثلِ أو الأكبَرِ أو الوفْقِ أو الكلِّ أو حاصِلِ كلِّ جَزْءِ السّهْمَ وأمثِلةُ تلك الأحوالِ الاثنا عَشَرَ ظاهرةٌ منها لِلتّوافُقِ مع التّماثُلِ أُمٌّ وستّةُ إخوةٍ لأُمٍّ وثِنْتا عَشرةَ أختًا لِغيرِ أُمٍّ للإخوةِ سهْمانِ من سبعةٍ يوافِقانِ عددَهم بالنّصفِ فترجِعُ لِثلاثةٍ وللأخوات أربعةٌ توافِقُ عددَهُنّ بالربعِ فترجِعُ لِثلاثةٍ فتماثلا فتُضْرَبُ ثلاثةٌ في سبعةٍ ومنها تَصِحُّ ومنها لِلتَّبايُنِ ثلاثُ بَناتٍ وأخوانِ لِغيرِ أُمٍّ تَصِحُّ من ثمانيةَ عَشَرَ ومنها لِلتَّوافُقِ في أحدِهما مع التّداخُلِ أربعُ بَناتٍ وأربَعةُ إخوةٍ لِغيرِ أُمٍّ يرجِعُ عددُهُنّ لاثنين فيتداخَلانِ فتُضْرَبُ أربعةٌ في ثلاثةٍ تبلُغُ اثنَيْ عَشَرَ ومنها تَصِحُّ **(ويُقاسُ على هذا)** المذكورِ **(الانكسارُ على ثلاثةِ أصنافٍ)** كجَدَّتَين وثلاثةِ إخوةٍ لأُمٍّ وعَمَّين **(وأربَعةٍ)** كزوجَتَين وأربَعِ جَدّاتٍ وثلاثةِ إخوةٍ لأُمٍّ وعَمَّين فيُنْظَرُ في سِهامِ كلِّ صِنْفٍ وعددِ رُءوسِهم فحيثُ وجَدْنا الموافَقة رَدَدْنا الرُّءوسَ إلى جَزْءِ الوفْقِ وإلا أبقَيْناها بحالِها.

ثمّ في عددِ الأصنافِ تماثُلًا وتَوافُقًا وقَسيمَيْهما فالأولى من ستّةٍ وتَصِحُّ من ستّةٍ وثلاثين والثانيةُ من اثنَيْ عَشَرَ وتَصِحُّ من اثنين وسَبْعين **(ولا يَزيدُ الانكسارُ على ذلك)** في غيرِ الولاءِ بالاستقراءِ؛ لأنّ الورثةَ في الفريضةِ الواحدةِ عن اجتماعِ كلِّ الأصنافِ لا يُمْكِنُ زيادَتُهم على خمسةٍ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ أوّلَ البابِ ومنهم الأبُ والأُمُّ والزوجُ ولا تعدُّدَ فيهم.

(فإذا أرَدْتَ) بعدَ فراغِك من تصحيحِ المسألةِ **(معرفة نصيبِ كلِّ صِنْفٍ من مَبلَغِ المسألةِ فاضرِبْ نصيبَه من أصلِ المسألةِ)** بعَوْلِها إنْ كان **(فيما ضَرَبْتَه فيها فما بَلَغَ فهو نصيبُه ثمّ تقسِمُه على عددِ الصِّنفِ)** مِثالُه بلا عَوْلٍ جَدَّتانِ وثلاثُ أخواتٍ لأبٍ وعَمٌّ من ستّةٍ وتَصِحُّ من ستّةٍ وثلاثين جُزْءًا سهْمُها ستّةٌ للجَدَّتَين واحدٌ فيها بستّةٍ وللأخوات أربَعةٌ فيها بأربعةٍ وعِشْرين والباقي للعَمِّ وبِعَوْلٍ زوجَتانِ وأربَعُ جَدّاتٍ وسِتُّ شَقيقاتٍ من اثنَيْ عَشَرَ وتَعولُ لِثلاثةَ عَشَرَ جُزْءًا سهْمُها ستّةٌ فتَصِحُّ من ثمانيةٍ وسَبْعين

(فَرْعٌ): ماتَ عن ورَثةٍ فَماتَ أحَدُهم قبلَ القِسْمةِ فإنْ لم يَرِثِ الثّاني غيرَ الباقينَ وكان إرْثُهم منه كإرْثِهم مِن الأوَّلِ جُعِلَ كأنّ الثّانيَ لم يَكُنْ وقُسِمَ بين الباقينَ كإخوةٍ وأخواتٍ أو بَنينَ وبَناتٍ ماتَ بعضُهم عَن الباقينَ.
وإنْ لم يَنْحَصِرْ إرْثُه في الباقينَ أو انْحَصَرَ واخْتَلَفَ قدرُ الاستِحْقاقِ فَصَحِّحْ مَسْألَةَ الأوَّلِ ثم مَسْألَةَ الثّاني إن انْقَسَمَ نَصيبُ الثّاني من مَسْألةِ الأوَّلِ على مَسْألَتِه فَذاكَ، وإلّا فإنْ كان بينهما موافَقةٌ ضُرِبَ وفْقُ مَسْألَتِه في مَسْألةِ الأوَّلِ، ....

مَنْ له شيءٌ منها أخذَه مَضروبًا في ستّةٍ.

(فرعٌ): في المُناسَخات وهي من جُمْلةِ تصحيحِ المسائلِ فلِذا حَسُنَتْ ترجَمَتُها بفرعٍ كالذي قبلها وهي لُغةً مُفاعَلةٌ من النّسخِ وهو لُغةً الإزالةُ والنَّقْلُ وشرعًا هنا أنْ يَموتَ أحدُ الورثةِ قبلَ القِسمةِ والمعنى اللُّغويُّ موجودٌ فيه إذِ المسألةُ الأولى ذَهَبَتْ وصار الحكمُ لِلثّانيةِ مثلًا وأيضًا فالمالُ قد تَناسَخَتْه الأيدي وهي من عَويصِ علمِ الفرائِضِ.

(مات عن ورَثةٍ فمات أحدُهم قبلَ القِسمةِ فإنْ لم يَرِثِ الثاني غيرَ الباقين وكان إرْثُهم) أي الباقين **(منه)** أي الثاني **(كإرثِهم من الأوّلِ جُعِلَ)** الحالُ بالنَّظرِ للحِسابِ **(كأنّ الثانيَ)** من ورَثةِ الأوّلِ **(لم يكن وقُسِمَ)** المالُ **(بين الباقين كإخوةٍ وأخواتٍ)** لِغيرِ أُمٍّ **(أو بَنين وبَناتٍ مات بعضُهم عن الباقين)** وقُدِّمَ الإخوةُ لاتِّحادِ إرْثِهم من الأوّلِ والثاني إذْ هو بالأُخوّةِ بخلافِ البنين فإنّه في الأوّلِ بالبُنوّةِ وفي الثاني بالأُخوّةِ وما أشعَرَ به كلامُه وتمثيلُه من اشتراطِ كونِ جميعِ الباقين وارِثين وكونُهم عصبةً ليس بشرطٍ ألا ترى أنّها لو ماتتْ عن زوجٍ وابنَين من غيرِه، ثمّ مات أحدُ الابنَين قبلَ القِسمةِ فوارِثُ الثاني هو الابنُ الباقي.

وهو عصبةٌ فيهما دون الزوجِ وهو ذو فرضٍ في الأولى وغيرُ وارِثٍ في الثانيةِ فيُفرَضُ أنّ الميِّتَ الثانيَ لم يكن ويُدْفَعُ رُبْعُ التّركةِ لِلزوجِ والباقي لِلابنِ **(وإنْ لم ينحَصِرْ إرْثُه في الباقين)** لِكونِ الوارِثِ غيرَهم أو لِكونِ الغيرِ يُشارِكُهم فيه **(أو انحَصَرَ)** إرْثُه فيهم **(واختلف قدرُ الاستحْقاقِ)** لهم من الأوّلِ والثاني **(فصَحِّحْ مسألةَ الأوّلِ، ثمّ مسألةَ الثاني، ثمّ إن انقَسَمَ نصيبُ الثاني من مسألةِ الأوّلِ على مسألَته فذاك)** واضِحٌ كزوجٍ وأختَين لأبٍ ماتتْ إحداهما عن الأخرى وبنتٍ فالأولى بعَوْلِها من سبعةٍ والثانيةُ من اثنين ونصيبُ الميِّتةِ اثنانِ من الأولى ينقَسِمُ على مسألَتها **(وإلا)** ينقَسِمُ **(فإنْ كان بينهما موافَقة ضُرِبَ وفْقُ مسألَته في مسألةِ الأوّلِ)** كجَدَّتَين وثلاثِ أخواتٍ مُتفرِّقاتٍ ماتت الأختُ لأُمٍّ عن أختٍ لأُمٍّ هي الشقيقة في الأولى وأُمِّ أُمٍّ هي إحدَى الجدَّتَين وعن شَقيقَتَين فالأولى من ستّةٍ وتَصِحُّ من اثنيْ عَشَرَ والثانيةُ من ستّةٍ صحيحةٍ ونصيبُ الميِّتةِ الثانيةِ من الأولى اثنانِ يوافِقانِ مسألَتَها بالنّصفِ فيُضْرَبُ نصفُ مسألَتِها في الأولى تبلُغُ سِتًّا وثلاثين لِكلٍّ من الجدَّتَين في الأولى سهْمٌ في ثلاثةٍ بثلاثةٍ وللوارِثةِ في الثانيةِ سهْمٌ في واحدٍ بواحدٍ وللأخت للأبِ في الأولى سهْمانِ في ثلاثةٍ بستّةٍ وللأخت

وإلّا كُلَّها فيها فَما بلَغَ صَحَّتا منه، ثم مَنْ له شَيْءٌ مِن الأولَى أَخَذَه مَضْروبًا فيما ضُرِبَ فيها، ومَنْ له شَيْءٌ مِن الثّانيةِ أَخَذَه مَضْروبًا في نَصيبِ الثّاني مِن الأولَى أو في وفْقِه إنْ كان بين مَسْأَلَتِه ونَصيبِه وفْقٌ.

للأبوَين في الأولى ستّةٌ في ثلاثةٍ بثمانيةَ عَشَرَ وفي الثانيةِ سهْمٌ في واحدٍ بواحدٍ ولِلشَّقيقَتَين في الثانيةِ أربَعةٌ في واحدٍ بأربَعةٍ (وإلا) يكن بينهما تَوافُقٌ بل تَبايُنٍ ولا يأتي هنا التّماثُلُ والتّداخُلُ.

(ضُرِبَ. كلُّها فيها فما بَلَغَ صَحَّتا منه، ثمّ) قُلْ (مَنْ له شيءٌ من) المسألةِ (الأولى أخذَه مَضروبًا فيما ضُرِبَ فيها) وهو جميعُ المسألةِ الثانيةِ أو وفْقُها (ومَنْ له شيءٌ من الثانيةِ أخذَه مَضروبًا في نصيبِ الثاني من الأولى) إنْ تَبايَنا (أو) في (وفْقِه إنْ كان بين مسألَته ونصيبه وفْقٌ) كزوجةٍ وثلاثةِ بَنين وبنتٍ ماتت البنتُ عن أُمٍّ وثلاثةِ إخوةٍ هم الباقون من ورَثةِ الأوّلِ فالأولى من ثمانيةٍ والثانيةُ تَصِحُّ من ثمانيةَ عَشَرَ ونصيبُ الميِّتةِ من الأولى سهْمٌ يُبايِنُ مسألَتَها فتُضْرَبُ الثانيةُ في الأولى تبلُغُ مِائةً وأربَعًا وأربَعين لِلزوجةِ من الأولى سهْمٌ في ثمانيةَ عَشَرَ ومن الثانيةِ واحدٌ في ثلاثةٍ ولِكلِّ ابنٍ من الأولى سهْمانِ في ثمانيةَ عَشَرَ ومن الثانيةِ سهْمٌ واحدٌ وما صَحَّتا منه يَصيرُ كمسألةٍ أولى فإذا مات ثالِثٌ عُمِلَ في مسألَته ما عُمِلَ في مسألةِ الثاني وهَكذا.



بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الوصايا

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

(كِتابُ الوصايا)

قيلَ الأنسَبُ تقديمُها على ما قبلها؛ لأنّ الإنسانَ يوصي، ثمّ يموتُ، ثمّ تُقَسَّمُ تَرِكتُه، ويُرَدُّ بأنّ علمَ قِسمةِ الوصايا ودَوْرِيّاتها مُتأخِّرٌ عن علم الفرائِضِ وتابعٌ له فتعيَّنَ تقديمُ الفرائِضِ كما دَرَجَ عليه أكثرُهم جمعُ وصيّةٍ مَصْدَرٌ أو اسمُه ومنه ﴿حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ﴾ [المائدة:١٠٦]، وبمعنى اسم المفعولِ ومنه ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٍ﴾ [النساء:١١] من وصَيْت الشيءَ بالشيءِ بالتّخفيفِ وصَلْته، ومن ثَمَّ قال في القاموسِ وصَى كوَعَى وصَلَ واتَّصَلَ و﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ﴾ [النساء:١١] يَفرِضُ عليكم وتَواصوا به أوصَى به أوّلُهم آخِرَهم اهـ ويُقالُ وصَى وأوصَى بكذا لِفُلانٍ بمعنى وأوصَى إليه ووَصّاه وأوصاه توصيةً ووَصيّةً عَهِدَ إليه، وجعله وصيّةً فعُلِمَ إطلاقُ الوصيّةِ على التّبرُّعِ الآتي قريبًا والعهْدِ الآتي آخِرَ البابِ وأنّها لُغةً الإيصالُ؛ لأنّ الموصيَ وصَلَ خيرَ دُنْياه بخيرِ عُقْباه، كذا وقَعَ في عبارةٍ وفي عبارةِ شارحٍ وصَلَ القُربةَ الواقعةَ بعدَ الموت بالقُرُبات المُنَجَّزةِ في حياته، وهذا أوضَحُ؛ لأنّ القصْدَ بالوصيّةِ إيصالُ ثوابِها إلى ما قدَّمَه مُنَجَّزًا في حياته، وشرعًا لا بمعنى الإيصاءِ لِما يأتي فيه تَبرُّعٌ بحَقٍّ مُضافٍ ولو تقديرًا لِما بعدَ الموت ليس بتَدْبيرٍ ولا تعليقِ عتقٍ بصِفة، وإن التحقا بها حكمًا كتَبرُّعٍ نُجِزَ في مَرَضِ الموت، أو ما أُلحِقَ به وهي سُنّةٌ مُؤَكَّدةٌ إجماعًا وإنْ كانت الصّدَقة بصحّةٍ فمَرَضٌ أفضَلُ فينبغي أنْ لا يُغْفَلَ عنها ساعةً كما نصَّ عليه الخبرُ الصّحيحُ «ما حَقُّ امرِئٍ مسلم له شيءٌ يوصي به يَبيتُ ليلةً أو ليلَتَين إلا ووَصيّتُه مَكْتوبةٌ عندَ رَأسِه»[1] أي ما الحزْمُ أو المعروفُ شَرعًا إلا ذلك؛ لأنّ الإنسانَ لا يدري متى يَفْجَؤُه الموتُ، وقد تُباحُ كما يأتي وعليه حُمِلَ قولُ الرّافِعيِّ إنّها ليستْ عقدَ قُربةٍ أي دائِمًا بخلافِ التّدْبيرِ، وتجبُ وإنْ لم يقعْ به نحوُ مَرَضٍ على ما اقتضاه إطلاقُهم لكن يأتي قُبَيْلَ قولِه وطَلْقُ حامِلٍ ما يُصَرِّحُ بتقييدِ الوجوبِ بالمخوفِ ونحوِه بحَضْرةِ مَنْ يَثبُتُ الحقُّ به إنْ تَرَتَّبَ على تركِها ضَياعُ حَقٍّ عليه أو عندَه ولا يُكْتَفَى بعلمِ الورثةِ أو ضَياعِ نحوِ أطفالِه لِما يأتي في الإيصاءِ وتَحْرُمُ لِمَنْ عُرِفَ منه أنّه متى كان له شيءٌ في تَرِكَةٍ أفْسَدَها، وتُكْرَه بالزّيادةِ على الثُّلُثِ إنْ لم يقصِدْ حِرْمانَ ورَثَته، وإلا حَرُمت على ما يأتي وأركانُها موصٍ وموصًى له وموصًى به وصيغةٌ، وذكرَها على هذا التّرتيبِ مبتدئًا بأوّلِها؛ لأنّه الأصلُ فقال:

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/٢٥٨٧]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/١٦٢٧]، وغيرهما من حديث: ابن عمر رضي الله عنه .

تَصِحُّ وصيّةُ كُلِّ مُكلَّفٍ حُرٍّ وإنْ كان كافِرًا وكذا مَحْجورٌ عليه بسَفَهٍ على المذْهَبِ، لا مَجْنونٍ ومُغْمًى عليه وصَبيٍّ، وفي قولٍ تَصِحُّ من صَبيٍّ مُميِّزٍ، ولا رَقيقٍ، وقيلَ: إنْ عَتَقَ ثم ماتَ صَحَّتْ.

وإذا أوصَى لِجهةٍ عامّةٍ، فالشَّرْطُ أنْ لا تَكونَ مَعْصيةً كَعِمارةِ كَنيسةٍ. ....

(تَصِحُّ وصيةُ كلِّ مُكلَّفٍ حُرٍّ) كلِّه أو بعضِه مختارٍ عندَ الوصيّةِ (وإنْ كان) مُفْلِسًا أو سفيهًا لم يُحْجَرْ عليه أو (كافِرًا) ولو حربيًّا وإنْ أُسِرَ ورَقَّ بعدَها كما شَمِله كلامُهم، وإنّما يُتَّجه إنْ مات حُرًّا وإلا ففيه نَظَرٌ ؛ لأنّ المالَ في الوصيّةِ مُعتَبَرٌ بحالِ الموت وهو غيرُ مالِكٍ حينئذٍ إلا أنْ يُقال مَحَلُّ اعتبارِه حينئذٍ فيمَنْ يُتَصَوَّرُ ملكُه في هذه الحالةِ لَكِنّه بَعيدٌ، وذلك كما يصحُّ سائِرُ عُقودِه والتنظيرُ في هذه أخذًا من أنّ القصْدَ منها زيادةُ الأعمالِ بعدَ الموت وهو لا عَمَلَ له بعدَه يُرَدُّ بأنّ المنْظورَ إليه فيها بطَريقِ الذّات كونُها عقدًا ماليًّا لا خُصوصَ ذلك، ومن ثَمَّ صَحَّتْ صَدَقَتُه وعتقُه ويأتي في الرِّدّةِ أنّ وصيّةَ المُرْتَدِّ موقوفة وشَمِلَ الحدُّ المحجورَ عليه بسَفَهٍ أيضًا لكن صُرِّحَ به لِبَيانِ ما فيه من الخلافِ الذي لا يأتي في غيرِ المحجورِ وإنْ أتَى فيه خلافٌ آخرُ مخرَجٌ من الخلافِ في أنّه هل يَعودُ الحجْرُ بطُروِّ السَّفَه من غيرِ حَجْرِ حاكِمٍ أو لا ؟ فقال (وكذا محجورٌ عليه بسَفَهٍ على المذهبِ) لِصحّةِ عبارَته ومن ثَمَّ نَفَذَ إقرارُه بعُقوبةٍ وطَلاقِه ولاحتياجِه لِلثَّوابِ (لا مجنونٌ ومُغْمًى عليه وصَبيٌّ) إذْ لا عبارةَ لهم بخلافِ السَّكْرانِ وإنْ لم يكن له تمييزٌ كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي في الطَّلاقِ (وفي قولٍ تَصِحُّ من صَبيٍّ مُميِّزٍ) ؛ لأنّها لا تُزيلُ الملكَ حالاً، ويُجابُ بأنّه لا نَظَرَ لِذلك مع فسادِ عبارَته حتى في غيرِ المالِ (ولا رَقيقٌ) كلُّه عندَها ولو مُكاتَبًا لم يأذَنْ له سيِّدُه لِعدمِ ملكِه أو أهليَّته (وقيلَ إنْ عَتَقَ) بعدَها (ثمّ مات صَحَّتْ) منه، ويُرَدُّ بنظيرِ ما مَرَّ في المُميِّزِ أمّا المُبَعَّضُ فتَصِحُّ بما مَلَكه ببعضِه الحُرِّ إلا بالعتقِ كما قاله جمعٌ ؛ لأنّه ليس من أهلِ الولاءِ.

(وإذا أوصَى لِجهةٍ عامّةٍ فالشرطُ أنْ لا تكون معصيةً) ولا مَكروهًا أي لِذاته لا لِعارِضٍ كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي في النَّذْرِ فيهما، وكذا إذا أوصَى لِغيرِ جِهةٍ يُشْتَرَطُ عدمُ المعصيةِ والكراهةِ أيضًا، ومن ثَمَّ بَطَلَتْ لِكافِرٍ بنحوِ مسلم أو مُصْحَفٍ، وكان وجه اقتصارِه على الأولى كثرةَ وُقوعِها وقَصْدِها بخلافِ غيرِ الجِهةِ وشَمِلَ عدمُ المعصيةِ القُربةَ كبِناءِ مسجِدٍ ولو من كافِرٍ ونحوِ قُبّةٍ على قبرِ نحوِ عالِمٍ في غيرِ مُسَبَّلةٍ وتَسويةِ قبرِه ولو بها لا بنائِه ولو بغيرِها لِلنَّهْيِ عنه وفي زيادات العبّاديِّ لو أوصَى بأنْ يُدْفَنَ في بيته بَطَلَت الوصيّةُ ولَعَلَّه بَناه على أنّ الدفنَ في البيت مَكروهٌ، وليس كذلك، والمُباحةَ كفَكِّ أسارى كُفّارٍ مِنّا وإنْ أوصَى به ذِمّيٌّ وإعطاءِ غَنيٍّ وكافِرٍ وبناءِ رِباطٍ لِنُزولِ أهلِ الذِّمّةِ أو سُكْناهم به، وإنْ سمّاه كنيسةً ما لم يأت بما يَدُلُّ على أنّه لِلتَّعَبُّدِ وحدَه.

أو مع نُزولِ المارّةِ على الأوجَه أمّا إذا كانت معصيةً فلا تَصِحُّ من مسلم ولا كافِرٍ (كعِمارةِ) أو ترميمِ (كنيسةٍ) لِلتَّعَبُّدِ وكِتابةِ نحوِ توراةٍ وعلمِ مُحَرَّمٍ وإعطاءِ أهلِ حربٍ أو رِدّةٍ ووَقودِ كنيسةٍ بقَصْدِ

أو لِشَخْصٍ فالشّرطُ. أنْ يُتَصَوَّرَ له المِلْكُ.

تعظيمِها لا نفع مُقيم بها أي لِغيرِ تعبُّدٍ فيما يظهرُ واختارَ جمعٌ المنْعَ مُطْلَقًا.

(تنبيهٌ) وقَعَ لِشيخِنا في شرحِ الروضِ أنّه عَلَّلَ صحّتَها بفكِّ الكُفّارِ من أسْرِنا بأنّ الوصيّةَ لأهلِ الحربِ جائزةٌ، فالأسارى أولى ثمّ ناقَضَه بعدُ بقولِه في شرحِ صحّتها لِحربيٍّ ومُرْتَدٍّ والكلامُ في المُعَيَّنين فلا تَصِحُّ لأهلِ الحربِ والرِّدّةِ، ويُجابُ بأنّ مُرادَه بأهلِ الحربِ في الأوّلِ ما صَدَّقَه أي جَماعةٍ مُعَيَّنين منهم فلا يُنافي كلامَه آخِرًا كما دَلَّ عليه تفريعُه المذكورُ فيه.

(أو) أوصَى (لِشَخصٍ) واحدٍ أو مُتعدِّدٍ (فالشرطُ أنْ) يكون مُعَيَّنًا كما بأصلِه أي ولو بوجهٍ لِما يأتي في إنْ كان ببَطْنِها ذكرٌ واكتُفِيَ عنه بما بعدَه خلافًا لِمَنِ اعترَضَه؛ لأنّ المُبْهَمَ كأحدِ الرّجلينِ لا يُتَصَوَّرُ له ما دامَ على إبهامِه الملكُ الذي نحن فيه، وهو ما يحصُلُ بعقدٍ ماليٍّ، وإنّما صَحَّ أعطوا هذا أحدَهما؛ لأنّه تفويضٌ لِغيرِه وهو إنّما يُعْطي مُعَيَّنًا، ومن ثَمَّ صَحَّ قولُه لِوَكيلِه بعْه لأحَدِهما وأنْ يكون مِمَّنْ يُمْكِنُ أنْ (يُتَصَوَّرَ له الملكُ) حالَ الوصيّةِ كما سيُصَرَّحُ به في الحملِ، ومن ثَمَّ لو أوصَى لِحملٍ سيحدُثُ بَطَلَتْ وإنْ حَدَثَ قبلَ موت الموصي؛ لأنّها تمليكٌ وتمليكُ المعدومِ مُمْتَنِعٌ ولأنّه لا مُتعلَّقَ للعقدِ في الحالِ فأشبَهَ الوقفَ على مَنْ سيولَدُ له.

وقد صرحوا بذلك في المسجِدِ بقولِهم لو أوصَى لِمسجِدٍ سيُبنَى بَطَلَ أي وإنْ بُنِيَ قبلَ موته فقولُ جمعٍ حالَ موتِ الموصي فيه إيهامٌ بإرثٍ أو مُعاقَدةِ وليٍّ، فخرج المعدومُ والميِّتُ والبهيمةُ في غيرِ ما يأتي نعم، إنْ جُعِلَ المعدومُ تَبَعًا للموجودِ كأنْ أوصَى لأولادِ زَيْدٍ الموجودين ومَنْ سيحدُثُ له من الأولادِ صَحَّتْ لهم تَبَعًا كما هو قياسُ الوقفِ إلا أنْ يُفرَّقَ بأنّ من شأنِ الوصيّةِ أنْ يُقصَدَ بها مُعَيَّنٌ موجودٌ بخلافِ الوقفِ؛ لأنّه لِلدَّوامِ المقتضي لِشُمولِه للمعدوم ابتداءً ثمّ رأيت بعضَهم اعتمد القياسَ، وأيَّدَه بقولِ الروضةِ الأولادُ والذُّرِّيّةُ والنّسلُ والعقِبُ والعترةُ على ما ذكرْنا في الوقفِ، وهو مُتَّجِهٌ لِما يأتي أنّ الملك ثَمَّ ناجِزٌ وهنا مُنْتَظَرٌ فإذا كفت التّبعيّةُ في النّاجِزِ فأولى في المُنْتَظَرِ، ولا يُنافيه تعليلُ الرّافِعيِّ الآتي لِما عَلِمْت أنّ التمليك فيها لا يَتَّصِلُ به أثَرُه فلم تَضُرَّ التّبعيّةُ فيه وجمعًا اعتَمَدوا الفرقَ فقالوا لأنّها لِلتَّمْليكِ وتمليكُ المعدومِ مُمْتَنِعٌ كما صرّح به الرّافِعيُّ تعليلاً للمذهبِ من بُطْلانِ الوصيّةِ لِما ستَحْمِلُه هذا المرأةُ، واستَدَلَّ بعضُهم لِذلك بقولِ البيانِ لو أوصَى لِعَقِبِ زَيْدٍ فمات الموصي، ثمّ زَيْدٌ فالوصيّةُ لِوَلَدِه أو لأولادِ زَيْدٍ صُرِفَ للموجودين يومَ الوصيّةِ دون مَنْ يولَدُ له بعدَه اهـ.

وفي فرقِه بين العقِبِ والأولادِ نَظَرٌ وعلى ما قاله أولَئِك من البُطْلانِ فالذي يظهرُ بُطْلانُ الوصيّةِ في النّصفِ قياسًا على ما يأتي في الوصيّةِ لِزَيْدٍ والجِدارِ أو نحوِه مِمّا لا يوصَفُ بالملكِ، ولا شَكَّ أنّ مَنْ سيحدُثُ من ذلك فإفتاءُ بعضِهم بإلغاءِ ذِكْرِهم وصحّتها بالكلِّ للموجودين غيرُ صحيحٍ وتخريجُها على الوصيّةِ للأقارِبِ وقُلْنا لا تَدْخُلُ ورَثَتُه فاسِدٌ؛ لأنّه ثَمَّ لم يذكر الورثةَ حتى يوزَّعَ

فَتَصِحُّ لِحَملٍ وتُنْفَذُ إن انْفَصَلَ حَيًّا ....

عليهم فكأنّهم لم يُذكروا، ومن ثَمَّ لو قُلنا بدخولِهم بَطَلَ في نصيبهم، ثمّ رأيت بعضَهم صرّح بما ذكرْته لَكِنّه استَدَلَّ بما لا ينهَضُ ولا يُنافي البُطْلانُ صحّةَ الإيصاءِ على أطفالِه الموجودين ومَنْ سيولَدُ له أخذًا مِمّا نُقِلَ أنّ الشافعيَّ رضي الله عنه فعلَ ذلك في وصيَّته؛ لأنّه لا تمليك هنا بخلافِه فيما مَرَّ وأورِدَ عليه صحّتُها مع عدم ذِكرِ جهةٍ ولا شَخْصٍ كأوصَيْتُ بثُلُثِ مالي، ويُصْرَفُ للفُقَراءِ والمساكينِ أو بثُلُثِه لِلَّه ويُصْرَفُ في وجوه البِرِّ، ويُجابُ بأنّ من شَأنِ الوصيّةِ أنْ يُقْصَدَ بها أولَئِك فكان إطلاقُها بمنزلةِ ذِكْرِهم ففيه ذِكْرُ جِهةٍ ضِمْنًا، وبهذا فارَقت الوقفَ فإنّه لا بُدَّ فيه من ذِكْرِ المصْرِفِ، وسيأتي صحّتُها بغيرِ المملوكِ، وليس قضيّةُ المتنِ هنا خلافَ ذلك خلافًا لِمَنْ زعمَه لِما يأتي من الفرقِ الواضِح بين الموصَى به ولَهُ.

(فرعٌ): صرّح الصَّيْمَريُّ وصاحِبُ التنبيه وتَبِعَهم ابنُ الرِّفعةِ والقموليُّ ولم يُباليا باقتضاءِ كلامِ الرّافِعيِّ خلافَه بأنّه يصحُّ تعليقُ الوصيّةِ بالشرطِ في الحياةِ أو بعدَ الموت كأوصَيْتُ بكذا له إنْ تَزَوَّجَ بنتي أو رجع من سفَرِه أو إنْ مِتُّ من مَرَضي هذا أو إنْ شاءَ زَيْدٌ فشاءَ أو إنْ مَلَكْت هذا فمَلَكه، وصرّح الماوَرْديُّ بقَبولِها لِلتعليقِ بأنْ يُدْخِلَ الأداةَ على أصلِ الفعلِ ولِلشّرْطِ بأنْ يَجْزِمَ بالأصلِ، ويشتَرِطُ فيه أمرًا آخرَ حيثُ قال لو أوصَى بعتقِها على أنْ لا تَتَزَوَّجَ عَتَقت على الشرطِ فإنْ تَزَوَّجَتْ لم يَبْطُل العتقُ والنّكاحُ؛ لأنّ عدمَ الشرطِ يمنعُ إمضاءَ الوصيّةِ ونُفوذَ العتقِ يمنعُ الرُّجوعَ فيه لكنِ يُرْجَعُ عليها بقيمَتِها تكونُ ميراثًا وإنْ طَلَّقَها الزوجُ، ولو أوصَى لأُمِّ ولَدِه بألفٍ على أنْ لا تَتَزَوَّجَ أُعْطِيَتْها فإنْ تَزَوَّجَت استُرْجِعَتْ منها بخلافِ العتقِ اهـ وبه يُعْلَمُ أنّه لو أوصَى لِفُلانٍ بعَيْنٍ إلا أنْ يَموتَ قبلَ البُلوغِ فهي لِوارِثي أو بعَيْنٍ إنْ بَلَغَ وبِمنفعتها قبلَ بُلوغِه صَحَّ، وعُمِلَ بشرطِه نعم، لا بُدَّ من البُلوغِ في حياةِ الموصي أخذًا من قولِهم في متى أو إنْ دَخَلْت الدّارَ أو شِئْت فأنتَ مُدَبَّرٌ أو حُرٌّ بعدَ موتي لا بُدَّ من الدُّخولِ أو المشيئةِ في حياةِ السَّيِّدِ كسائِرِ الصِّفات المُعَلَّقِ عليها فإنْ دخل أو شاءَ بعدَ موت السَّيِّدِ فلا تَدْبيرَ وقد يُفَرَّقُ بأنّ التّدْبيرَ له أحكامٌ خاصّةٌ به في الحياةِ فاشتُرِطَ لِتَحقُّقِها وجودُ المُعَلَّقِ به في الحياةِ لِتُعْلَمَ والوصيّةُ لا يَثْبُتُ لها من الأحكامِ شيءٌ قبلَ الموت لِجوازِ الرُّجوعِ عنها بالقولِ فلم يُحْتجِ لِوجودِ المُعَلَّقِ به في الحياةِ بل لا يُعْتَدُّ بوجودِه إلا بعدَ الموت كما اقتضاه كلامُهم في هذا البابِ أو أوصَى له بكذا إنْ لم يَفْعَلْ كذا فقَبِلَ وتَصَرَّفَ في الموصَى به، ثمّ فعلَ ذلك بانَ بُطْلانُ الوصيّةِ والتّصَرُّفُ فيرجعُ الوارِثُ بعَين الموصَى به أو بَدَلِه، ولو بعدَ مُدَدٍ وأعوامٍ وتَنَقُّلِه من أيدٍ مختَلِفة، وأمّا ما في تَدْريبِ البُلْقينيِّ من قبولِ الوصيّةِ لِلتعليقِ دون الشرطِ فضعيفٌ لِما عَلِمْت من تصريحِ الماوَرْديِّ بخلافِه ولو أشارَ لِمملوكِ غيرِه بقولِه أوصَيْت بهذا، ثمّ مَلَكه صَحَّتْ كما يأتي بما فيه.

(فتَصِحُّ لِحملٍ وتنفذُ) بالمُعْجَمةِ (إن انفصَلَ حَيًا) حياةً مُستَقِرّةً وإلا لم يستَحِقَّ شيئًا كالإرثِ

وعُلِمَ، وُجودُه عندَها بأن انْفَصَلَ لِدونِ سِتةِ أشْهُرٍ، فإن انْفَصَلَ لِستّةِ أشْهُرٍ، فأكْثَرَ، والمرأةُ فِراشُ زَوْجٍ أو سَيِّدٍ لم يَسْتَحِقَّ، فإنْ لم تَكُنْ فِراشًا وانْفَصَلَ لأكْثَرَ من أربَعِ سِنينَ فَكَذلكَ أو لِدونِه استَحَقَّ في الأظْهَرِ. ....

(وعُلِمَ) أو ظُنَّ (وجودُه عندَها) أي الوصيّةِ (بأن انفصَلَ لِدونِ ستّةِ أشهرٍ) منها، وإنْ كانت فِراشًا لِزوجٍ أو سيِّدٍ؛ لأنّها أقَلُّ مُدّةِ الحملِ فيُعْلَمُ أنّه كان موجودًا عندَها (فإن انفصَلَ لِستّةِ أشهرٍ فأكثرَ) منها (والمرأةُ فِراشُ زوجٍ أو سيِّدٍ) وأمكنَ كونُ الولدِ من ذلك الفِراشِ (لم يستَحِقَّ) لاحتمالِ حُدوثِه من ذلك الفِراشِ بعدَ الوصيّةِ فلا يستَحِقُّ بالشكِّ، ومنه يُؤْخَذُ اتِّجاه قولِ الإمامِ لا بُدَّ أنْ يُمْكِنَ غِشيانُ ذي الفِراشِ لها أي عادةً فإنْ أحالَتْه العادةُ كأنْ كان بين أوّلِه والوضعِ دون ستّةِ أشهرٍ أو كان ممسوحًا كان كالعدمِ لِما يأتي أنّ الظّاهرَ وجودُه عندَ الوصيّةِ إلى آخرِه وإلحاقُهم السّتّةَ أشهرٍ فقط هنا بما فوقَها لا يُخالِفُ ما ذكروه في الطّلاقِ والعُدَدِ من إلحاقِها بما دونَها؛ لأنّ الملْحَظَ ثَمَّ الاحتياطُ للبُضْعِ، وهو إنّما يحصُلُ بتقديرِ لَحظةِ العُلوقِ أو مع الوضعِ نَظَرًا للغالِبِ من أنّه لا بُدَّ منهما فنَقَصوهما من السّتّةِ فصارتْ في حكمِ ما دونَها وأمّا هنا فالأصلُ عدمُ الوجودِ وعدمُ الاستحْقاقِ ولا داعيَ لِلاحتياطِ، وذلك الغالِبُ يُمْكِنُ أنْ لا يقعَ بأنْ يُقارِنَ الإنزالُ العُلوقَ والوضعُ آخِرَ السّتّةِ فنَظَروا لهذا الإمكانِ وألحَقوا السّتّةَ هنا بما فوقَها وهذا الذي ذكرْته هنا أولى من قولِ شيخِنا في شرحِ مَنْهَجِه ما حاصِلُه أنّ العبرةَ بإمكانِ مُقارَنةِ العُلوقِ لأوّلِ المُدّةِ المُستَلْزِمِ لإلحاقِ السّتّةِ بما فوقَها في الكلِّ، ولا يُنافيه مَنْ ألحقَها بما دونَها؛ لأنّه نَظَرَ في سائرِ الأبوابِ للغالِبِ أنّه لا مُقارَنةَ فلا بُدَّ من لَحظةٍ ا هـ، وذلك لأنّ إلغاءَ اللّحْظةِ في سائرِ الأبوابِ نَظَرًا لإمكانِ المُقارَنةِ مُنافٍ لِتصريحِهم في مَحالّ مُتعدِّدةٍ باعتبارِها بل مع لَحظةٍ أخرى للوَضْعِ فإنْ أرادَ بذلك صحّةَ كلٍّ من التعبيرَين نَظَرًا للإمكانِ وللغالِبِ قُلْنا يلزمُ انبِهامُ المعتمدِ إذْ لا يُدْرى من ذلك أنّ العبرةَ بالإمكانِ أو بالغالِبِ فالوجه بل الصّوابُ ما قرَّرْته من الأخذِ بالإمكانِ هنا وبالغالِبِ في بَقيّةِ الأبوابِ لِما تقرّر من الفرقِ فتأمّلْه فإنّه مُهِمٌّ، وسيُعْلَمُ من كلامِه قُبَيْلَ العددِ أنّ التوأمَين حملٌ واحدٌ فاندَفع قولُ جمعٍ يَرِدُ عليه ما لو انفصَلَ أحدُ توأمَين لِستّةِ أشهرٍ، ثمّ انفصَلَ توأمٌ آخرُ بينه وبين الأوّلِ دون ستّةِ أشهرٍ فإنّه يستَحِقُّ، وإن انفصَلَ لِفوقِ ستّةِ أشهرٍ من الوصيّةِ (فإنْ لم تكن فِراشًا) لِزوجٍ أو سيِّدٍ أو كانت (وانفصَلَ) لِدونِ ستّةِ أشهرٍ منه.

و(لأكثرَ من أربَعِ سِنين) من الوصيّةِ (فكذلك) لا يستَحِقُّ للعلمِ بحُدوثِه بعدَ الوصيّةِ (أو لِدونِه) أي الأكثرِ (استَحَقَّ في الأظهرِ)؛ لأنّ الظّاهرَ وجودُه عندَ الوصيّةِ إذْ لا سببَ هنا ظاهرٌ يُحالُ عليه وتقديرُ الزّنا إساءةُ ظَنٍّ بها ووَطْءُ الشُّبْهةِ نادرٌ وبهذا اتَّضحَ الفرقُ بين إلحاقِ الأربَعِ بما دونَها والسّتّةِ بما فوقَها، وحاصِلُه أنّ وجودَ الفِراشِ ثَمَّ وعدمَه هنا غلب على الظّنِّ التّفرِقة بينهما بما ذُكِرَ، والكلامُ كلُّه حيثُ عُرِفَ لها فِراشٌ سابِقٌ، ثمّ انقطَعَ أمّا مَنْ لم يُعْرَفْ لها فِراشٌ أصلًا، وقد انفصَلَ لأربَعِ سِنين فأقَلَّ ولِستّةِ أشهرٍ فأكثرَ فلا استحْقاقَ قطعًا لانحِصارِ الأمرِ حينئذٍ في وطْءِ الشُّبْهةِ أو الزّنا

وإنْ أوصَى. لِعبدٍ فاستَمرَّ رِقُّه فالوصيّةُ لِسَيِّدِه، وإنْ عَتَقَ قبلَ مَوْتِ الموصي فَلَه، وإنْ عَتَقَ بعد مَوْتِه ثم قَبِلَ بُنيَ على أنّ الوصيّةَ بِمَ تُملَكُ. وإنْ أوصَى لِدابّةٍ وقَصَدَ تَمليكَها أو أطْلَقَ فَباطِلةٌ، ....

وكِلاهما يحتَمِلُ الحُدوثَ فيُضافُ إلى أقرَبِ زَمانٍ يُمكِنُ؛ لأنّ الأصلَ عدمُه فيما قبله قاله السُّبْكيُّ ويقبَلُ الوصيّةَ ولو قبلَ انفِصالِه على المعتمدِ وليُّه بتقديرِ خُروجِه.

(وإنْ أوصَى لِعبدٍ) أو أمةٍ وقد يشمَلُها لِغيرِه سواءٌ المُكاتَبُ وغيرُه (فاستَمرَّ رِقُّه) إلى موت الموصي (فالوصيّةُ لِسيِّدِه) عندَ موت الموصي أي تُحمَلُ على ذلك لِتَصحّ، وإنْ قصدَ العبدَ على الأوجَه بل إطلاقُهم هنا وتفصيلُهم الآتي في الدّابّةِ كالصّريحِ في ذلك وفارَقَ بُطْلانَ نحوِ الوقفِ والهِبةِ بهذا القصْدِ؛ لأنّ الملك فيهما ناجِزٌ، وهو ليس من أهلِه وهنا مُنتَظَرٌ، ولَعَلَّه يُعتَقُ قبلَ موت الموصي فيكونُ الملكُ له وقضيّتُه صحّةُ وقفِه على زَيْدٍ، ثمّ على عبدِ فُلانٍ وقَصْدُ تمليكِه؛ لأنّ الاستحْقاقَ فيه مُنتَظَرٌ إلا أنْ يُقال وضْعُ الوقفِ أنّ الملك فيه ناجِزٌ فلا نَظَرَ لهذه الصّورةِ، ويقبَلُها هو وإنْ نَهاه سيِّدُه؛ لأنّ الخِطابَ معه لا سيِّدُه إلا إذا لم يتأهَّل القِنُّ لِنحوِ صِغَرٍ أو جُنونٍ على أحدِ احتمالينِ لا يَبْعُدُ ترجيحُه، ثمّ رأيت شيخَنا رجحه، ويظهرُ أنّ السّيِّدَ لو أجبَرَه عليه لم يصحَّ؛ لأنّه ليس محضَ اكتسابٍ كما يُفْهِمُه قولُهم؛ لأنّ الخِطابَ معه، وأنّه لو أصرَّ على الامتناعِ تأتّى فيه ما يأتي من أنّ الموصَى له يُجبَرُ على القبولِ أو الرّدِّ ولا نَظَرَ هنا إلى عدمِ استحْقاقِ العبدِ لِما تقرّر أنّ المدارَ على كونِه مُخاطَبًا لا غيرُ

(فإنْ عَتَقَ قبلَ موت الموصي فله) الوصيّةُ؛ لأنّها تمليكٌ بعدَ الموت وهو حُرٌّ حينئذٍ ولو عَتَقَ بعضُه فقياسُ قولِهم في الوصيّةِ لِمُبَعَّضٍ ولا مُهاياةَ يُقْسَمُ بينهما أنّه يستَحِقُّ هنا بقدرِ حُرّيّته، والباقي لِلسَّيِّدِ قاله الزّركشيُّ وعليه فلا فرقَ هنا بين وجودِ مُهاياةٍ وعدمِها، ويُفرَّقُ بأنّ وجودَ الحُرّيّةِ عندَ الوصيّةِ اقتضى ذلك التّفصيلَ بخلافِ طُروِّها بعدَها والعبرةُ في الوصيّةِ لِمُبَعَّضٍ، وثَمّ مُهاياةٌ بذي النّوْبةِ يومَ الموت كيومِ القبضِ في الهِبةِ (وإنْ عَتَقَ بعدَ موته) أو معه (ثمّ قبِلَ بُنيَ) القولُ بملكِه للموصَى به (على أنّ الوصيّةَ بِمَ تُملَكُ)، والأصحُّ أنّها تُملَكُ بالموت بشرطِ القبولِ فتكونُ لِلسَّيِّدِ ولو بيعَ قبلَ موت الموصي فللمشتري، وإلا فللبائعِ ومَحَلُّ ذلك كلِّه في قِنٍّ عندَ الوصيّةِ فلو أوصَى لِحُرٍّ فرَقَّ لم تكن لِسيِّدِه بل له إنْ عَتَقَ وإلا فهي فيْءٌ وتُصْبِحُ لِقِنِّه برقَبَته فإنْ أوصَى له بثُلُثِ مالِه نَفَذَتْ في ثُلُثِ رَقَبَته فيُعْتَقُ وباقي ثُلُثِ مالِه وصيّةٌ لِمَنْ بعضُه حُرٌّ وبعضُه ملكٌ للوارثِ ولِقِنِّ وارثِه، وتَتَوَقَّفُ على الإجازةِ مُطْلَقًا ما لم يَبِعْه قبلَ موت الموصي وإلا فهي للمشتري (وإنْ أوصَى لِدابّةٍ) يصحُّ الوقفُ عليها كالخيلِ المُسَبَّلةِ أوّلاً.

(وقَصَدَ تمليكَها أو أطلقَ فباطِلةٌ)؛ لأنّ مُطلَقَ اللّفْظِ لِلتّمليكِ، وهي لا تُملَكُ حالاً ولا مآلاً وبه فارَقت العبدَ وتُقبَلُ دعوَى الوارثِ المُبْطَلَ بيمينِه وفي البيانِ لو قال: ما أدري ما أرادَ مورِّثي بَطَلَتْ

وإنْ قال لِيُصْرَفَ في عَلْفِها فالمنْقولُ صِحّتُها. وَتَصِحُّ لِعِمارةِ مَسْجِدٍ، وكذا إنْ أَطْلَقَ في الأَصَحِّ، وتُحْمَلُ على عِمارَته ومَصالِحِهِ. وَلِذِمّيٍّ، وكذا حَرْبِيٌّ ومُرْتَدٌّ في الأَصَحِّ، وقاتِلٌ

قطعًا (وإن) قصَدَ عَلَفَها أو (قال لِيُصْرَفَ في عَلَفِها) بفتحِ اللّامِ المأكولُ وبإسكانِها المصْدَرُ ونَقْلًا عن ضَبْطِه (فالمنقولُ صحّتُها)؛ لأنّ مُؤْنَتَها على مالِكِها فهو المقصودُ بالوصيّةِ، ومع ذلك يَتعيَّنُ صَرْفُه في مُؤَنِها وإن انتقَلَتْ لِآخرَ رِعايةً لِغَرَضِ الموصي، ومن ثَمَّ لو دَلَّتْ قرينةٌ ظاهرةٌ على أنّه إنّما قصَدَ به مالِكَها وإنّما ذكرَها تَجمُّلًا أو مُباسَطةً تعيَّنَ له على الأوجَه كما أشارَ إليه الأذرَعيُّ أخذًا مِمّا قالوه في الهِبةِ ويتولّاه الوصيُّ وإلا فالقاضي أو مأمورُ أحدِهِما ولو المالِك، ولا يُسَلَّمُ له بغيرِ إذْنِ أحدِهِما ولو ماتَتْ كان ما بَقِيَ لِمالِكِها كما هو ظاهرٌ ويُشْتَرَطُ قبولُه.

قال الأذرَعيُّ: وأنْ لا تكون مُتَّخذةً لِمعصيةٍ كقَطْعِ الطّريقِ اهـ وقياسُ ما يأتي من صحّةِ الوصيّةِ لِقاطِعِ الطّريقِ إلا أنْ قال ليقطَعَها تَوَقُّفَ البُطْلانُ هنا على قولِه ليقطَعَها عليها إلا أنْ يُفَرَّقَ بأنّ الوصيّةَ له لم تنحَصِرْ في المعصيةِ لاحتمالِ صَرْفِه الموصَى به في غيرِ ذلك بخلافِها فيها فإنْ قصَدَها بالرِّفقِ مع علم قطعِ الطّريقِ عليها فيه إعانةٌ على معصيةٍ، ويظهرُ أنّه يأتي ما ذُكِرَ في الوصيّةِ بشيءٍ لِيُصْرَفَ في مُؤْنَةِ قِنِّ الغيرِ وأنّ ذِكْرَهم لِلدّابّةِ إنّما هو للغالِبِ لا غيرُ ومن ثَمَّ لو أوصَى بعِمارةِ دارِ غيرِه لَزِمت وتعيَّنَ الصّرْفُ لِعِمارَتِها رِعايةً لِغَرَضِ الموصي.

(وتَصِحُّ لِعِمارةِ) نحوِ (مسجِدٍ) ورِباطٍ ومَدْرَسةٍ ولو من كافِرٍ إنْشاءً وترميمًا؛ لأنّها من أفْضَلِ القُرَبِ ولِمَصالِحِه لا لِمسجِدٍ سيُبْنَى إلا تَبَعًا على قياسِ.

ما مَرَّ آنِفًا (وكذا إنْ أطلقَ في الأصحّ) بأنْ قال أوصَيْت به للمسجِدِ وإنْ أرادَ تمليكه لِما مَرَّ في الوقفِ أنّه حُرٌّ يُمْلَكُ أي مُنَزَّلٌ منزلَتَه (وتُحْمَلُ) الوصيّةُ حينئذٍ (على عِمارَته ومَصالِحِه) ولو غيرَ ضَروريّةٍ عَمَلًا بالعُرْفِ ويَصْرِفُه النّاظِرُ للأهَمِّ والأصلَحِ باجتهادِه وهي للكعْبةِ ولِلضّريحِ النّبويِّ على مُشَرِّفِه أفْضَلُ الصّلاةِ والسّلامِ تُصْرَفُ لِمَصالِحِهِما الخاصّةِ بهما كترميمِهِما، وهي من الكعْبةِ دون بَقيّةِ الحرَمِ وقيلَ في الأوّلِ لِمَساكينِ مكّةَ وللحَرَمِ يدخلُ فيها مَصالِحُهما.

ويظهرُ أخذًا مِمّا تقرّر ومِمّا قالوه في النّذْرِ للقبرِ المعروفِ بجُرْجانَ صحّتُها كالوقفِ لِضَريحِ الشيخِ الفُلانيِّ، ويُصْرَفُ في مَصالِحِ قبرِه والبِناءِ الجائزِ عليه ومَنْ يخدُمونَه أو يقرَءون عليه ويُؤَيِّدُ ذلك ما مَرَّ آنِفًا من صحّتِها بِبناءِ قُبّةٍ على قبرِ وليٍّ أو عالِمٍ أمّا إذا قال لِلشيخِ الفُلانيِّ ولم ينوِ ضَريحَه ونحوَه فهي باطِلةٌ (ولِذِمّيٍّ) ومُعاهَدٍ ومُستأمَنٍ ولأهلِ الذِّمّةِ أو العهْدِ لكن لا بنحوِ مُصْحَفٍ، وذلك كما تَحِلُّ الصّدَقة عليهم.

(وكذا حربيٌّ) بغيرِ نحوِ سِلاحٍ (ومُرْتَدٌّ) حالَ الوصيّةِ لم يَمُتْ على رِدَّته (في الأصحِّ) كالصّدَقة أيضًا وفارَقت الوقفَ بأنّه يُرادُ لِلدّوام وهما مقتولانِ ولا تَصِحُّ لأهلِ الحربِ والرِّدّةِ ولا لِمَنْ يرتَدُّ أو يُحارِبُ أو يَفْعَلُ كذا وهو معصيةٌ بل أو مَكْروهٌ فيما يظهرُ (وقاتلٌ) بأنْ يوصيَ لِشَخْصٍ فيقتُله هو أو

في الأظْهَرِ. وَلِوارِثٍ في الأظْهَرِ، إنْ أجازَ باقي الورَثةِ ....

سيِّدَه ولو عمدًا فهو قاتلٌ باعتبارِ الأوّلِ (في الأظهرِ)؛ لأنّها تمليكٌ بعقدٍ فأشبَهَت الهِبةَ لا الإرثَ وخبرُ: «ليس للقاتلِ وصيّةٌ»(١) ضعيفٌ ساقِطٌ، ولا تَصِحُّ لِمَنْ يقتُلُه إلا إنْ جازَ قتلُه وتَصِحُّ لِقاتلِ فُلانٍ بعدَ القتلِ لا قبله إلا إنْ جازَ قتلُه.

(ولِوارِثٍ) من ورَثةٍ مُتعدِّدين (في الأظهرِ إنْ أجازَ باقي الورثةِ) المُطْلَقين التّصرُّفَ، وقُلْنا بالأصحِّ إنّ إجازَتَهم تنفيذٌ لا ابتداءُ عَطيّةٍ وإنْ كانت الوصيّةُ ببعضِ الثُّلُثِ للخبرِ بذلك وإسنادُه صالِحٌ، وبه يَخُصُّ الخبرَ الآخرَ «لا وصيّةَ لِوارِثٍ»(٢) وحيلةُ أخذِه من غيرِ تَوَقُّفٍ على إجازةٍ أنْ يوصيَ لِفُلانٍ بألفٍ أي وهو ثُلُثُه فأقَلُّ إنْ تَبَرَّعَ لِوَلَدِه بخمسِمائةٍ أو بألفَين كما هو ظاهرٌ فإذا قبِلَ وأدَّى لِلابنِ ما شُرِطَ عليه أخذَ الوصيّةَ ولم يُشارِكْ بَقيّةُ الورثةِ الابنَ فيما حَصَلَ له، ويوَجَّه بأنّه لم يحصُلْ له من مالِ الميِّت شيءٌ تَمَيَّزَ به حتى يحتاجَ لإجازةِ بَقيّةِ الورثةِ فيه ومنه يُؤْخَذُ ما أفتيتُ به أنّه لو أوصَى لِمُستولَدَته بكذا إنْ خَدَمت أحدَ أولادِه كذا بعدَ موته ففعلَت استَحَقّت الوصيّةَ من غيرِ اعتبارِ إجازةِ البقيّةِ لِما تقرّر أنّه لم يحصُلْ له من مالِ الميِّت شيءٌ بخلافِ ما لو عَلَّقَ عتقَ عبدِه بِخدْمةِ بعضِ أولادِه فإنّه يحتاجُ للإجازةِ؛ لأنّ المنفعةَ المصْروفة للمخدوم من جُمْلةِ التّركةِ قال شارِحٌ وقَيَّدْت الوارِثَ في المتنِ بالخاصِّ احترازًا عن العامِّ كوَصيّةِ مَنْ لا يَرِثُه إلا بيتُ المالِ بالثُّلُثِ فأقَلَّ فتَصِحُّ قطعًا ولا يحتاجُ لإجازةِ الإمامِ، ويُرَدُّ بأنّ الوارِثَ جِهةُ الإسلامِ لا خُصوصُ الموصَى له فلا يُحْتاجُ لِلاحترازِ عنه كما يُعْلَمُ مِمّا مَرَّ في إرْثِ بيت المالِ، وخرج بما ذكرْته وصيّةُ مَنْ ليس له إلا وارِثٌ واحدٌ فإنّها باطِلةٌ لِتعذُّرِ إجازَته لِنفسِه.

وسيأتي أنّ الإمامَ تَتعذَّرُ إجازَتُه بما زاد على الثُّلُثِ؛ لأنّ الحقَّ للمسلمين ولا تَصِحُّ إجازةُ وليِّ محجورٍ ولا يضمنُ بها إلا إنْ قبض بل توقَفُ إلى كمالِه على الأوجَه وإن استبعده الأذرَعيُّ بعدَ أنْ رجحه مَرّةً والبُطْلانَ أخرى بل قال قد أفتيت به فيما لا أُحْصي وانتصر له غيرُه لِعِظَم الإضْرارِ بالوقفِ لا سيَّما فيمَنْ أوصَى بكلِّ مالِه وله طِفْلٌ مُحتاجٌ ويُرَدُّ بأنّ التّصرُّفَ وقَعَ صحيحًا فلا مَساغَ لإبطالِه، وليس في هذا إضْرارٌ لإمكانِ الاقتراضِ عليه ولو من بيت المالِ إلى كمالِه، وظاهرٌ أنّ القاضيَ في حالةِ الوقفِ يعمَلُ في بَقائِه وبيعِه وإيجارِه بالأصلَحِ ومن الوصيّةِ له إبراؤُه وهِبَتُه والوقفُ عليه نعم، لو وقَفَ عليهم ما يخرُجُ من الثُّلُثِ على قدرِ نصيبِهم نَفَذَ من غيرِ إجازةٍ فليس لهم نَقْضُه كما مَرَّ في الوقفِ ولا بُدَّ لِصِحّةِ الإجازةِ من معرِفة قدرِ المُجازِ أو عَينه فإنْ ظَنّ كثرةُ التّرِكةِ فبانَ قِلّتُها فسيأتي

---

(١) [سنده ضعيف جدًا] ينظر: (التلخيص الحبير) لابن حجر [٣/ ٩٢].

(٢) [صحيح] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٥/ ٢٦٧]، وأبو داود في (سننه) [رقم/ ٢٨٧٠]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ٢١٢٠]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ٢٧١٣]، وغيرهم من حديث: أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه.
قلت: حديث صحيح. ينظر: (صحيح أبي داود) للألباني [رقم/ ٢٤٩٤].

ولا عِبْرةَ بِرَدِّهم وإجازَتِهم في حَياةِ الموصي، والعِبْرةُ في كَوْنِه وارِثًا بيَوْمِ الموْتِ، والوصيّةُ لِكُلِّ وارِثٍ بقدرِ حِصَّتِه لَغْوٌ وبِعَيْنٍ هيَ قدرُ حِصَّتِه صَحيحةٌ، وتَفْتَقِرُ إلى الإجازةِ في الأَصَحِّ.

(ولا عبرةَ بردِّهم وإجازَتِهم في حياةِ الموصي) إذْ لا حَقَّ لهم حينئذٍ لاحتمالِ بُرْئِه وموتِهم بل بعدَ موته في الواقعِ، وإنْ ظَنّه قبله كما يُعْلَمُ مِمّا مَرَّ فيمَنْ باعَ مالَ أبيه ظانًّا حياتَه فجَزَمَ بعضُهم ببُطْلانِ القبولِ قبلَ العلمِ بموت الموَرِّثِ وإنْ بانَ بعدَه غيرَ صحيحٍ ولو تَراخَى الرّدُّ عن القبولِ بعدَ الموت لم يُرْفَعِ العقدُ على خلافِ المعتمدِ الآتي إلا من حينِه كذا قاله غيرُ واحدٍ، وقضيّتُه أنّ الموصَى له يستَحِقُّ الزّوائِدَ الحادِثةَ بين الموت والرّدِّ، وقد يُؤَيِّدُه أنّ الإجازةَ تنفيذٌ لا ابتداءُ عَطيّةٍ إذْ صريحُه أنّ المُمَلِّك هو الوصيّةُ والقبولُ فيكونُ الرّدُّ قاطِعًا للملكِ بذلك لا رافِعًا له من أصلِه إلا أنْ يُقال هو ملكٌ ضعيفٌ جدًّا فلا يقتضي ملك الزّوائِدِ كالهِبةِ قبلَ القبضِ وهذا أقرَبُ (والعبرةُ في كونِه وارِثًا بيومِ الموت) أي وقتَه دون القبولِ كما يُعْلَمُ مِمّا سأذكُرُه في مَبْحَثِه فلو أوصَى لأخيه فحَدَثَ له ابنٌ قبلَ موته فوَصيّةٌ لأجنبيٍّ أو وُلِدَ ابنٌ فمات قبله فوَصيّةٌ لِوارِثٍ.

(والوصيّةُ لِكلِّ وارِثٍ بقدرِ حِصّته) مُشاعًا كنصفٍ وثُلُثٍ (لَغوٌ)؛ لأنّه يستَحِقُّه بغيرِ وصيّةٍ، ويظهرُ أنّه لا يأثَمُ بذلك؛ لأنّه مُؤَكِّدٌ للمعنى الشرعيِّ لا مُخالِفٌ له بخلافِ تعاطي العقدِ الفاسِدِ (وبِعَيْنٍ هي قدرُ حِصّته) كأنْ تَرَكَ ابنَين ودارًا وقِنًّا قيمَتُهما سواءٌ فخَصَّ كلًّا بواحدٍ (صحيحةٌ وتفتَقِرُ إلى الإجازةِ في الأصحِّ) لاختلافِ الأغراضِ بالأعيانِ، ولِذا صَحَّتْ ببيعِ عَيْنٍ من مالِه لِزَيْدٍ ولو وصَّى للفُقَراءِ بشيءٍ لم يَجُزْ للوَصيِّ أنْ يُعْطيَ منه شيئًا لِورثةِ الميِّت ولو فُقَراءَ كما نصَّ عليه الشافعيُّ رضي الله عنه في الأُمِّ حيثُ قال في قولِ الموصي ثُلُثُ مالي لِفُلانٍ يَضَعُه حيثُ يَراه اللّه تعالى أي أو حيثُ يَراه هو أنّه لا يأخُذُ منه لِنفسِه شيئًا ولا يُعْطي منه وارِثًا للمَيِّت؛ لأنّه إنّما يَجوزُ له ما كان يَجوزُ للمَيِّت بل يَصْرِفُه في القُرَبِ التي ينتَفِعُ بها الميِّتُ.

وليس له حَبْسُه عندَه ولا إيداعُه لِغيرِه ولا يبقى منه في يَدِه شيئًا يُمْكِنُه أنْ يُخرِجَه ساعةً من نَهارٍ وفُقَراءُ أقارِبه أولى، ثمّ أحفادُه، ثمّ جيرانُه والأشَدُّ تعفُّفًا وفقْرًا أولى ا هـ مُلَخَّصًا وكأنّه أرادَ بأحفادِه مَحارِمَه من الرّضاعِ لِينتَظِمَ التّرتيبُ، وإنّما أخذَ الواقِفُ الفقيرَ مِمّا وقَفَه على الفُقَراءِ؛ لأنّ الملك ثَمَّ لِلّه فلم يُنْظَرْ إلا لِمَنْ وُجِدَ فيه الشرطُ وهنا الحقُّ لِبَقيّةِ الورثةِ وللمَيِّت فلم يُعْطِ وارِثَه وقضيّةُ تعليلِه رضي الله عنه عدمُ إعطاءِ الوارِثِ بما ذُكِرَ أنّ بَقيّةَ الورثةِ لو رَضوا بإعطاءِ الوارِثِ الفقيرِ جازَ وهو مُحتَمَلٌ؛ لأنّ الوصيّةَ له إذا نَفَذَتْ برِضاهم مع التّصْريحِ به فأولى إذا دخل ضِمْنًا ولَك رَدُّه بمَنْعِ دخولِه فيها هنا بالكلّيّةِ لِما يأتي أنّه لا يوصَى له عادةً فلا تُتَصَوَّرُ الإجازةُ حينئذٍ بخلافِ ما إذا نصَّ عليه وهذا هو الأوجَه وللموصَى به شُروطٌ منها كونُه قابِلًا لِلنّقْلِ بالاختيارِ فلا تَصِحُّ بنحوِ قوَدٍ وحَدِّ قذفٍ لِغيرِ مَنْ هو عليه ولا بحَقٍّ تابِعٍ للملكِ كخيارٍ وشُفْعةٍ لِغيرِ مَنْ هي عليه لا يُبْطِلُها التّأخيرُ لِنحوِ تأجيلِ الثّمَنِ

وَتَصِحُّ بالحملِ، ويُشْتَرَطُ انْفِصالُه حَيًّا لِوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجودُه عندَها. وَبِالمنافِعِ. وكذا بثَمَرةٍ أو حَملٍ سَيَحْدُثانِ في الأَصَحِّ ....

وكونِه مقصودًا بأنْ يَحِلَّ الانتفاعُ به شرعًا فتَصِحّ بعَيْنٍ مملوكةٍ للغيرِ كما يأتي، (وتَصِحُّ بالحملِ) الموجودِ واللَّبَنِ في الضَّرْعِ وبِكلِّ مجهولٍ ومعجوزٍ عن تَسليمِه وتَسَلُّمِه ويظهرُ في الوصيّةِ باللَّبَنِ الموجودِ أخذًا مِمّا ذُكِرَ في الحملِ أنّ العبرةَ بما وُجِدَ عندَ الوصيّةِ دون ما حَدَثَ بعدُ، وأنّه يُقْبَلُ قولُ الوارِثِ في قدرِه بيَمينِه وأنّه لو انفَصَلَ وضُمِنَ كانت الوصيّةُ في بَدَلِه، وإلا فلا (ويُشتَرَطُ) لِصحّةِ الوصيّةِ به (انفِصالُه حَيًّا لِوقتٍ يُعْلَمُ وجودُه عندَها) أي الوصيّةِ أمّا في الآدَميِّ فيأتي فيه ما تقرّر في الوصيّةِ له، وأمّا في غيرِه فيُرْجَعُ لأهلِ الخِبْرةِ في مُدّةِ حملِه ولو انفَصَلَ حملُ الآدَميّةِ بجنايةٍ مَضْمونةٍ نَفَذَت الوصيّةُ فيما ضَمِنَ به بخلافِ حملِ البهيمةِ؛ لأنّ الواجبَ فيه ما نَقَصَ من قيمةِ أُمِّه ولا تعلُّقَ للموصَى له بشيءٍ منه، وإنّما لم يُفَرِّقوا فيما مَرَّ في الموصَى له بين المضْمونِ وغيرِه؛ لأنّ المدارَ فيه على أهليّةِ الملكِ كما مَرَّ ويصحُّ القبولُ قبلَ الوضْعِ؛ لأنّ الحملَ يُعْلَمُ وتعبيرُهم بالحيِّ للغالِبِ إذْ لو ذُبِحَت الموصَى بحملِها فوُجِدَ ببَطْنِها جَنينٌ أحَلَّتْه ذَكاتُها وعُلِمَ وجودُه عندَ الوصيّةِ مَلَكه الموصَى له كما هو ظاهرٌ (وبالمنافِعِ) المُباحةِ وحدَها مُؤَبَّدةً ومُطْلَقة ولو لِغيرِ الموصَى له بالعين؛ لأنّها أموالٌ تُقابَلُ بالعِوَضِ كالأعيانِ، ويُمْكِنُ صاحِبُ العينِ المسلوبةِ المنفعةُ تَحْصيلُها، وإذا رَدَّ ذو المنفعةِ انتقَلَتْ للورثةِ لا للموصَى له بالعين، (وكذا) تَصِحُّ الوصيّةُ بمملوكٍ للغيرِ إنْ قال إنْ مَلَكْته، ثمّ مَلَكه وإلا فلا كما اعتمده جمعٌ مُتأخِّرون وحَكى الرّافِعيُّ الاتّفاقَ عليه في موضِعٍ لَكِنّ الذي في الروضةِ هنا صِحّتُها وإنْ لم يَقُلْ ذلك وبِمَرْهونٍ جَعْلًا أو شرعًا، ثمّ إنْ بيعَ في الدّين بَطَلَتْ وإلا فلا والقياسُ صِحّةُ قبولِ الموصَى له بعدَ الموت، وقبلَ فكِّ الرّهْنِ نظيرَ ما مَرَّ من صحّته قبلَ علمِه بالموت اعتبارًا بما في نفسِ الأمرِ وإفتاءُ غيرِ واحدٍ ببُطْلانِها بموت الرّاهِنِ وإن انفكَّ الرّهْنُ ليس في مَحَلِّه، و(بثمرةٍ أو حملٍ سيحدُثانِ) ثنّاه؛ لأنّ الحملَ لِكونِ المُرادِ به الحيوانُ ضِدَّ الثمرةِ.

فاندَفع الاعتراضُ عليه بأنّ الأولى سيحدُثُ (في الأصحِّ) لاحتمالِ وجوهٍ من الغرَرِ فيها رِفْقًا بالنّاسِ، ولا حَقَّ له في الموجودِ عندَها بأنْ ولَدَتْه الآدَميّةُ لِدونِ ستّةِ أشهرٍ منها مُطْلَقًا أو لِدونِ أكثرَ من أربَعِ سِنين وليستْ فِراشًا أو البهيمةُ لِزَمَنٍ قال الخُبَراءُ إنّه موجودٌ عندَها.

ويدخلُ خلافًا لِما في التّدْريبِ في الوصيّةِ بدابّةٍ نحوِ حملٍ وصوفٍ ولَبَنٍ موجودٍ عندَ الوصيّةِ وبِشَجَرةٍ ما يدخلُ في بيعِها من غيرِ المُتأبِّرِ مثلًا عندَ الوصيّةِ، ويجبُ بَقاؤُه إلى الجُذاذِ ونظيرُ اعتبارِ الوصيّةِ هنا ما لو أوصَى لأولادِ فُلانٍ فإنّه إنّما يتناوَلُ المُنفَصِلَ عندَ الوصيّةِ لا المُنفَصِلَ بعدُ بخلافِ الوقفِ؛ لأنّه يُرادُ لِلدَّوام كما مَرَّ وهي بما تَحْمِلُه ولا نيّةَ لِكلِّ حملٍ على الأوجَه؛ لأنّ ما للعمومِ، ثمّ رأيت ما سأذكُرُه عن الزّركشيّ وغيرِه آخِرَ مَبْحَثِ الوصيّةِ بالمنافِعِ وهو صريحٌ فيما رجحْته وإذا استَحَقَّ الثمرةَ فاحتاجَتْ هي أو أصلُها لِسَقْيٍ لم يلزم واحدًا منهما كما مَرَّ.

وَبأحَدِ عبدَيْهِ. وَبِنَجاسةٍ يَحِلُّ الانْتِفاعُ بها كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ وزِبْلٍ وخَمرٍ مُحْتَرمةٍ، ولو أوصَى بكَلْبٍ من كِلابِه أعْطَى أحَدَها، فإنْ لم يَكُنْ له كَلْبٌ لَغَتْ. ولو كان له مالٌ وكِلابٌ ووَصَّى بها أو ببعضِها فالأصَحُّ نُفوذُها، وإنْ كَثُرَتْ وقَلَّ المالُ.

ويظهرُ أنْ يأتِيَ هنا ما مَرَّ آخِرَ فرع باعَ شَجَرةً (وبِأحدِ عبدَيه) مثلًا ويُعَيِّنُه الوارِثُ؛ لأنّها تحتَمِلُ الجهالةَ فالإبهامُ أولى، وإنّما لم تَصِحَّ لأحَدِ الرّجُلينِ؛ لأنّه يُحْتَمَلُ في الموصَى به لِكونِه تابعًا ما لا يُحْتَمَلُ في الموصَى له ومن ثَمَّ صَحَّتْ بحملٍ سيحدُثُ لا لِحملٍ سيحدُثُ، (وبِنَجاسةٍ يَحِلُّ الانتفاعُ بها) لِثُبوت الاختصاصِ فيها وانتقالِها بالإرثِ والهبةِ لا بما يحرُمُ الانتفاعُ به كخمرٍ غيرِ مُحْتَرَمةٍ وخِنْزيرٍ وفرعِه وكلْبٍ عَقورٍ وكلْبِ نحوِ صَيْدٍ لِمَنْ لا يَصيدُ مثلًا بناءً على الأصحِّ من حرمةِ اقتنائِه له؛ لأنّه يُنافي مقصودَ الوصيّةِ بخلافِ ما يَحِلُّ (ككلْبٍ مُعَلَّمٍ) وجَرْوٍ قابِلٍ لِلتعليمِ لِحِلِّ اقتنائِهما ككلْبٍ يحرُسُ الدّورَ قيلَ.

ولا يُسمَّى مُعَلَّمًا؛ لأنّه يدفَعُ بطَبْعِه وفيه نَظَرٌ والمُشاهَدةُ تَرُدُّه ويُؤْخَذُ من حِلِّ اقتناءِ قابِلِ التعليمِ حِلُّ الاقتناءِ لِمَنْ يُريدُ تعلُّمَ الصَّيْدِ وهو قابِلٌ لِذلك (وزِبْلٍ) ولو من مُغَلَّظٍ على الأوجَه لِتَسميدِ الأرضِ والوقودِ ومَيْتةٍ ولو مُغَلَّظةً لإطعامِ الجوارِحِ (وخمرٍ مُحْتَرَمةٍ) وهي ما عُصِرَتْ بقَصْدِ الخلّيّةِ أو لا بقَصْدِ شيءٍ، ويُتَّجه أنّه لو غَيَّرَ قصْدَه قبلَ تَخَمُّرِها تَغَيَّرَ الحكمُ إليه، وأنّها لا تُدْفَعُ للموصَى له بل لِثِقة إلا إنْ عُرِفت ديانَتُه وأُمِنَ شُرْبُه لها، وبحث ابنُ الرِّفعةِ فيما أُيِسَ من عَوْدِها خَلًّا إلا بصُنْعِ آدَميٍّ أي بعَين حرمةِ إمساكِها فلا تَصِحُّ الوصيّةُ بها ونوزِعَ بأنّه قد يستعمِلُها في أغراضٍ أُخَرَ كإطفاءِ نارٍ، ويُرَدُّ بأنّ اليأسَ من تَخَلُّلِها صَيَّرَها كغيرِ المُحْتَرَمةِ وهي لا يَجوزُ إمساكُها لِتلك الأغراضِ بل تجبُ إراقَتُها فورًا مُطْلَقًا (ولو أوصَى) لِشَخْصٍ (بكلْبٍ من كِلابه) المُنْتَفَعِ بها، ثمّ مات وله كِلابٌ (أُعطِيَ) الموصَى له (أحدَها) بخيَرةِ الوارِثِ إن احتاجَ لِلصَّيْدِ والحِراسةِ مَعًا فإن احتاجَ لأحَدِهِما فقط أُعْطِيَ ما يُناسِبُه بخلافِ ما إذا لم يحتج لِواحِدٍ منهما لِما مَرَّ من بُطْلانِ الوصيّةِ.

(تنبيه) قضيّةُ قولِهم بخيَرةِ الوارِثِ هنا وفي مسائلَ تأتي قولُهم فيما مَرَّ آنِفًا ويُعَيِّنُه الوارِثُ أنّه لا دَخْلَ للوَصيّةِ في ذلك وهو مُحْتَمَلٌ؛ لأنّ الوارِثَ المالِكُ فلا يتصرَّفُ عليه مع كمالِه فيما قد يَضُرُّه، والظّاهِرُ في النّاقِصِ الوقفُ لِكمالِه فإنْ قُلْت لِمَ لم يتصَرَّف الوصيُّ أو الوليُّ ويُؤْمَرُ في التعيينِ بالأحوَطِ للوارِثِ قُلْت لو قيلَ به لم يَبْعُدْ إلا أنْ يكونوا لَمَحوا أنّه قد يُخْطِئُ في تعيينِ الأحَظِّ فيتضَرَّرُ المالِكُ وهو بَعيدٌ فإنّ عدالَتَه وحِذْقَه يمنعانِ ذلك.

(فإنْ لم يكن له) عندَ الموت إذِ العبرةُ به (كلْبٌ) ينتَفِعُ به (لَغَتْ) الوصيّةُ وإنْ قال من مالي لِتعذُّرِ شرائِه ولا يُكلَّفُ الوارِثُ أنّها به وبه فارَقَ عبدًا من مالي ولا عبدَ له (ولو كان له مالٌ وكِلابٌ) مُنْتَفَعٌ بها (ووَصّى بها أو ببعضِها فالأصحُّ نُفوذُها) في الكِلابِ جميعِها (وإنْ كثُرَتْ وقَلَّ المالُ) وإنْ كان أدْنَى مُتَقَوِّمٍ كدانِقٍ إذِ الشرطُ بَقاءُ ضِعْفِ الموصَى به للورثةِ، وقَليلُ المالِ خيرٌ من كثيرِ الكِلابِ إذْ لا قيمةَ

ولو أوصَى بطَبْلٍ وله طَبْلُ لَهْوٍ وطَبْلٌ يَحِلُّ الانْتِفاعُ به كَطَبْلِ حَرْبٍ وحَجيجٍ حُمِلَتْ على الثّاني، ولو أوصَى بطَبْلِ اللَّهْوِ لَغَتْ إلّا إنْ صَلَحَ لِحَرْبٍ أو حَجيجٍ.

فَصْلٌ

يَنْبَغي أنْ لا يوصيَ بأكْثَرَ من ثُلُثِ مالِه، فإنْ زادَ ورَدَّ الوارِثُ بَطَلَتْ في الزّائِدِ، وإنْ أجازَ

لها وتقديرُ أنْ لا مالَ أو أنّ لها قيمةً حتى تنفُذَ في ثُلُثِها فقط يُشْبِهُ التّحَكُّمَ ولو أوصَى بثُلُثِه لِواحِدٍ وبِها لِآخرَ لم تنفُذْ إلا في ثُلُثِها كما لو لم يكن له إلا كِلابٌ ويُنْظَرُ فيه إلى عددِها بخلافِ ما إذا اختلفت أجناسُ غيرِ المُتَمَوَّلِ فإنّه يُنْظَرُ إلى قيمَتِها بتقديرِ المالِ عندَ مَنْ يَراها.

(ولو أوصَى بطَبْلٍ) سواءٌ أقال من طُبولي أم لا **(وله طَبْلُ لَهْوٍ)** لا يصلحُ لِمُباحٍ **(وطَبْلٌ يَحِلُّ الانتفاعُ به كطَبْلِ حربٍ)** يُقْصَدُ به التّهْويلُ **(أو حَجيجٍ)** يُقْصَدُ به الإعلامُ بالنُّزولِ والرّحيلِ أو غيرِهما كطَبْلِ البازِ **(حُمِلَ على الثاني)** لِتَصحّ؛ لأنّ الظّاهرَ قصدُه لِلثّوابِ أو صُلْحِ تَخَيَّرَ الوارِثُ أو بعودٍ من عيدانِه وله عودُ لَهْوٍ لا يصلحُ لِمُباحٍ وعودُ بناءٍ وأطلقَ بَطَلَتْ لانصِرافِ مُطْلَقِه لِعودِ لِلَّهْوِ والطّبْلُ يقعُ على الكلِّ إطلاقًا واحدًا **(ولو أوصَى بطَبْلِ اللّهْوِ)** وهو الكوبةُ الآتيةُ في الشهادات **(لَغَتْ)** الوصيّةُ؛ لأنّه معصيةٌ **(إلا أنْ يصلحَ لِحربٍ أو حَجيجٍ)** أو منفعةٍ أخرى مُباحةٍ ولو مع تَغْييرٍ لكن إنْ بَقيَ معه اسمُ الطّبْلِ، وإلا لَغَتْ وإنْ كان رُضاضُه من نَقْدٍ أو جوْهَرٍ.

فصل في الوصيّةِ لِغيرِ الوارِثِ وحكمِ التّبرُّعات في المرَضِ

(ينبغي) لِمَنْ ورَثَتُه أغنياءُ أو فُقَراءُ **(أنْ لا يوصيَ بأكثرَ من ثُلُثِ مالِه)** بل الأحسَنُ أنْ يُنْقِصَ منه شيئًا؛ لأنّه ﷺ استكْثَرَه فقال: «الثُّلُثُ والثُّلُثُ كثيرٌ»[1] ومن ثَمَّ صرّح جمعٌ بكراهةِ الزّيادةِ عليه، وأمّا تصريحُ آخرين بحرمَتِها فهو ضعيفٌ وإنْ قصَدَ بذلك حِرْمانَ ورَثَته كما عُلِمَ مِمّا قدّمْته في شرحِ قولِه في الوقفِ كعِمارةِ الكنائِسِ فباطِلٌ، وأيضًا فهو لا حِرْمانَ منه أصلًا أمّا الثُّلُثُ فلأنّ الشّارِعَ وسَّعَ له في ثُلُثِه ليتدارَكَ به ما فرَّطَ منه فلم يُؤَثِّرْ قصْدُه به ذلك، وأمّا الزّائِدُ عليه فهو إنّما ينفُذُ إنْ أجازوه ومع إجازَتِهم لا يُنْسَبُ إليه حِرْمانٌ فهو لا يُؤَثِّرُ قصْدُه وتَحْريمُ عقدِ الفُضوليِّ لا يشهَدُ للقائِلين بالتحريمِ هنا خلافًا لِمَنْ زعمَه؛ لأنّه تَلَبُّسٌ بعقدٍ فاسِدٍ ولا كذلك هنا؛ لأنّ الملك له فصَحَّ التّصَرُّفُ فيه ألا ترى أنّه لو بَرَأَ نَفَذَ لَكِنّه غيرُ لازِمٍ لِجوازِ إبطالِه له ولِوارِثِه، ومن ثَمَّ كان الأصحُّ أنّ إجازَتَه تنفيذٌ لا ابتداءُ عَطيّةٍ **(فإنْ زاد)** على الثُّلُثِ **(ورَدَّ الوارِثُ)** الخاصُّ المُطْلَقُ التّصَرُّفِ الزّيادةَ **(بطَلَتْ)** الوصيّةُ **(في الزّائِدِ)** إجماعًا؛ لأنّه حَقُّه فإنْ كان عامًّا بَطَلَت ابتداءً من غيرِ رَدٍّ؛ لأنّ الحقَّ للمسلمين فلا مُجيزَ **(وإنْ أجازَ)** وهو مُطْلَقُ التّصَرُّفِ وإلا لم تَصحّ إجازَتُه ولا رَدُّه بل توقَفُ لِكمالِه على الأوجه كما مَرَّ

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٢٥٩١]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٦٢٨]، وغيرهما من حديث: سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

فإجازتُه تنفيذٌ، وفي قولٍ عَطيّةٌ مُبْتَدأةٌ، والوصيّةُ بالزّيادةِ لَغْوٌ، ويُعْتَبَرُ المالُ يومَ الموْتِ، وقيلَ يومَ الوصيّةِ، يُعْتَبَرُ مِن الثُّلُثِ أيْضًا عِتْقٌ عُلِّقَ بالموْتِ، ....

بما فيه مع فُروعٍ أُخَرَ تأتي هنا قيلَ مَحلُّه إنْ رُجيَ وإلا كجُنونٍ مُستحْكِمٍ أيِسَ من بُرْئِه بَطَلَت الوصيّةُ وهو مُتَّجهٌ إنْ غَلَب على الظّنِّ ذلك بأنْ شَهِدَ به خَبيرانِ وإلا فلا؛ لأنّ تَصَرُّفَ الموصي وقَعَ صحيحًا كما تقرّر فلا يُبْطِلُه إلا مانِعٌ قويٌّ وعلى كلٍّ فمتى بَرَأ وأجازَ بانَ نُفوذُها (فإجازَتُه تنفيذٌ) أي إمضاءٌ لِتَصَرُّفِ الموصي بالزّيادةِ على الثُّلُثِ لِصحّته كما مَرَّ وحَقُّ الوارِثِ إنّما يَثْبُتُ في ثاني الحالِ فأشبَهَ عَفْوَ الشّفيعِ (وفي قولٍ عَطيّةٌ مُبْتَدأةٌ والوصيّةُ بالزّيادةِ لَغْوٌ) لِنَهْيِه ﷺ سعْدَ بنَ أبي وقّاصٍ عن الوصيّةِ بالنّصفِ وبالثُّلُثَين رَواه الشيخانِ ويُجابُ بأنّ النّهيَ إنّما يقتضي الفسادَ إنْ كان لِذات الشيءِ أو لازِمَه وهو هنا ليس كذلك؛ لأنّه لِخارِجٍ عنه وهو رِعايةُ الوارِثِ، وإنْ تَوَقَّفَ الأمرُ على إجازَته وعلى الأوّلِ لا يُحتاجُ لِلفظِ هِبةٍ وتجديدِ قبولٍ وقبضٍ ولا رُجوعَ للمُجيزِ قبلَ القبضِ وتنفُذُ من المُفلِسِ وعليهما لا بُدَّ من معرِفَته لِقدرِ ما يُجيزُه مع التّركةِ إنْ كانت بمُشاعٍ لا مُعَيَّنٍ ومن ثَمَّ لو أجازَ وقال ظَنَنْت قِلّةَ المالِ أو كثرَتَه ولم أعلم كمّيّتَه وهي بمُشاعٍ حَلَفَ أنّه لا يعلَمُ، ونَفَذَتْ فيما ظَنّه فقط أو بمُعَيَّنٍ لم يُقْبل.

(ويُعْتَبَرُ المالُ) حتى يُعْرَفَ قدرُ الثُّلُثِ منه (يومَ الموت) أي وقتَه؛ لأنّ الوصيّةَ تمليكٌ بعدَه وبه تَلْزَمُ من جِهةِ الموصي وقضيّةُ ذلك أنّه لو قُتلَ فوَجَبَتْ فيه ديةٌ ضُمّتْ لِمالِه حتى لو أوصَى بثُلُثِه أُخِذَ ثُلُثُها (وقيلَ يومَ الوصيّةِ) فلا عبرةَ بما حَدَثَ بعدَها كما لو نَذَرَ التّصدُّقَ بثُلُثِ مالِه اعْتُبِرَ يومُ النّذْرِ ورُدَّ بأنّه وقتُ اللُّزومِ فهو نظيرُ يوم الموت هنا.

ومَرَّ أنّ الثُّلُثَ إنّما يُعْتَبَرُ لها بعدَ الدّين وأنّها معه ولو مُستَغرِقًا صحيحةٌ حتى لو أبرأَ مُستَحِقَّه نَفَذَتْ، ولم يُبَيِّن الاعتبارَ في قيمةِ ما يَفوتُ على الورثةِ وما يبقى لهم وحاصِلُه الاعتبارُ في المُنَجَّزِ بوقت التّفويت، ثمّ إنْ وفَّى بجميعِها ثُلُثُه عندَ الموت فذاك وإلا ففيما يَفي به وفي المُضافِ للموت بوقته وفيما بَقيَ لهم بأقلِّ قيمةٍ من الموت إلى القبضِ؛ لأنّ الزّيادةَ على يوم الموت في ملكِهم والنّقصُ عن يومِ القبضِ لم يدخلْ في يَدِهم فلا يُحسَبُ عليهِمْ، (ويُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ أيضًا) راجِعٌ لِيُعْتَبَرَ ولِلثُّلُثِ لِتَقَدُّمِ لفظِهما أمّا الأوّلُ فواضِحٌ، وأمّا الثاني فلأنّ هذا عَطْفٌ على ينبغي المُتعلّقِ بالثُّلُثِ كما أنّ هذا مُتعلِّقٌ به وبهذا مع ما يأتي الصّريحُ في أنّ مَحلَّ المُعلَّقِ بالموت الثُّلُثُ يندَفِعُ ما قيلَ لم يُبَيِّنْ حكمَ المُعلَّقِ بالموت من غيرِ العتقِ الذي هو الأصلُ، وإنّما بَيَّنَ حكمَ المُلْحَقِ به وهو المُنَجَّزُ (عتقٌ عُلِّقَ بالموت) في الصِّحّةِ أو المرَضِ نعم، لو قال صحيحٌ لِقِنِّه أنتَ حُرٌّ قبلَ مَرَضِ موتي بيوم، ثمّ مات من مَرَضٍ بعدَ التعليقِ بأكثَرَ من يوم أو قبلَ موتي بشهرٍ مثلًا، ثمّ مَرِضَ دونَه ومات بعدَ أكثَرَ من شهرٍ عَتَقَ من رَأسِ المالِ؛ لأنّ عتقَه وقَعَ في الصِّحّةِ وكذا لو مات بعدَ أنْ مَرِضَ شهرًا فأكثَرَ كما لو عَلَّقَه بصِفة في الصِّحّةِ فوُجِدَتْ في مَرَضِه بغيرِ اختيارِه ولو أوصَى بعتقٍ عن كفّارَته المُخَيَّرةِ اعْتُبِرَتْ

وتَبَرُّعٌ نُجِّزَ في مَرَضِه: كَوَقْفٍ وهِبةٍ وعِتْقٍ وإبْراءٍ. وإذا اجْتَمع تَبَرُّعاتٌ مُتَعلِّقةٌ بالموْتِ وعَجَزَ الثُّلُثُ فإنْ تَمَحَّضَ العِتْقُ أُقْرِعَ أو غيرُه قُسِّطَ الثُّلُثُ. أو هو وغيرُه قُسِّطَ بالقيمةِ، وفي قولٍ يُقَدَّمُ العِتْقُ. أو مُنَجَّزةٌ قُدِّمَ الأوَّلُ فالأوَّلُ حتّى يَتِمَّ الثُّلُثُ ....

علي ما قالا إنّه الأقيَسُ عندَ الأئمّةِ بعدَما قالا عن مُقابِلِه إنّه الأصحُّ الزّيادةُ على الأقَلِّ من الإطعامِ والكُسوةِ من الثُّلُثِ لِحُصولِ الإجزاءِ بدونِه (وتَبَرُّعٌ نُجِّزَ في مَرَضِه) أي الموت (كوَقْفٍ) وعاريّةِ عَيْنٍ سنةً مثلًا وتأجيلِ ثمنِ مَبيعٍ كذلك فيُعْتَبَرُ منه أُجْرةُ الأولى وثمنُ الثانيةِ وإنْ باعَها بأضْعافِ ثمنِ مثلِها؛ لأنّ تفويتَ يَدِهم كتفويتِ ملكِهم (وهِبةٍ وعتقٍ) لِغيرِ مُستولَدَته إذْ هو فيه هنا من رَأسِ المالِ (وإبراءٍ) وهِبةٍ في صحّةٍ وإقباضٍ في مَرَضٍ باتِّفاقِ المُتَّهِبِ والوارِثِ وإلا حَلَفَ المُتَّهِبُ؛ لأنّ العيْنَ في يَدِه وقضيّتُه أنّها لو كانت بيَدِ الوارِثِ وادَّعى أنّه رَدَّها إليه أو إلى موَرِّثِه وديعةً أو عاريّةً صُدِّقَ الوارِثُ أو بيَدِ المُتَّهِبِ وقال الوارِثُ أخذْتها غَصْبًا أو نحوَ وديعةٍ صُدِّقَ المُتَّهِبُ وهو مُحْتَمَلٌ ولو قيلَ يأتي هنا ما قالوه في تَنازُعِ الرّاهِنِ والواهِبِ مع المُرْتَهِنِ والمُتَّهِبِ في القبضِ من التّفْصيلِ لم يَبْعُدْ، ولو ادَّعى المورِثُ موتَه من مَرَضِ تَبَرُّعِه والمُتَبَرَّعُ عليه شِفاءَه وموتَه من مَرَضٍ آخرَ أو فجْأةً فإنْ كان مَخوفًا صُدِّقَ الوارِثُ وإلا فالآخرُ أي؛ لأنّ غيرَ المخوفِ بمنزلةِ الصِّحّةِ وهما لو اختلفا في وُقوعِ التّصَرُّفِ فيها أو في المرَضِ صُدِّقَ المُتبَرَّعُ عليه؛ لأنّ الأصلَ دَوامُ الصِّحّةِ فإنْ أقاما بيِّنَتَين قُدِّمت بيِّنةُ المرَضِ؛ لأنّها ناقِلةٌ.

(وإذا اجتمع تَبَرُّعاتٌ مُتعلِّقة بالموت) تَرَتَّبَتْ أوّلاً (وعَجَزَ الثُّلُثُ) عنها (فإنْ تَمَحَّضَ العتقُ) كأعتقتُكُم أو أنتُم أحرارٌ أو سالِمٌ وغانِمٌ وخالِدٌ أحرارٌ بعدَ موتي أو سالِمٌ حُرٌّ بعدَ موتي وغانِمٌ كذلك أو دَبَّرَ عبدًا وأوصَى بإعتاقِ آخرَ (أُقْرِعَ) فمَنْ قُرِعَ عَتَقَ منه ما يَفي بالثُّلُثِ للخبرِ الآتي ولأنّ القصْدَ من العتقِ التّخَلُّصُ من الرِّقِّ ولا يحصُلُ مع التّشْقيصِ (أو تَمَحَّضَ غيرُه قُسِّطَ الثُّلُثُ) على الكلِّ باعتبارِ القيمةِ أو المِقْدارِ لِعدمِ المُرَجِّحِ مع اتِّحادِ وقت الاستحْقاقِ فلو أوصَى لِزَيْدٍ بمِائةٍ ولِبكرٍ بخمسين ولِعمرٍو بخمسين وثُلُثُه مِائةٌ أُعْطِيَ الأوّلُ خمسين وكلٌّ من الآخرَين خمسةً وعِشرين (أو) اجتَمع (هو) أي العتقُ (وغيرُه) كأنْ أوصَى بعتقِ سالِمٍ ولِزَيْدٍ أو الفُقَراءِ بمِائةٍ أو عَيْنٍ مثليّةٍ أو مُتَقَوِّمةٍ (قُسِّطَ) الثُّلُثُ عليهما (بالقيمةِ) أو مع المِقْدارِ لاتِّحادِ وقت الاستحْقاقِ نعم، لو تعدَّدَ العتقُ أقرَعَ فيما يَخُصُّه أو دَبَّرَ قِنّه وهو بمِائةٍ وأوصَى له بمِائةٍ وثُلُثُ مالِه مِائةٌ قُدِّمَ عتقُه ولا شيءَ له بالوصيّةِ (وفي قولٍ يُقَدَّمُ العتقُ) لِقوّته ولو رَتَّبَ المُعَلَّقة بالموت كأعتقوا سالِمًا، ثمّ غانِمًا وكأعطوا زَيْدًا مِائةً، ثمّ عمرًا مِائةً وأعتقوا سالِمًا، ثمّ أعطوا زَيْدًا مِائةً قُدِّمَ ما قدَّمَه؛ لأنّه هنا صرّح باعتبارِ وُقوعِها من غيرِه كذلك فوَجَبَ امتثالُه بخلافِه فيما لو رَتَّبَها في الوجودِ فإنّه لا صَراحةَ فيه على أنّها كذلك بعدَ الموت فاندَفع ما للقونَويِّ هنا (أو) اجتمع تَبَرُّعاتٌ (مُنجَزة) مُرَتَّبةٌ كأنْ أعتَقَ، ثمّ تَصَدَّقَ، ثمّ وقَفَ، ثمّ وهَبَ وأقبَضَ وكقولِه سالِمٌ حُرٌّ وغانِمٌ حُرٌّ لا حُرّانِ (قُدِّمَ الأوّلُ فالأوّلُ حتى يَتمَّ الثُّلُثُ) لِقوّته بسَبْقِه ويتوَقَّفُ

فإنْ وُجِدَتْ دُفْعةً واتَّحَدَ الجِنْسُ كَعِتْقِ عَبيدٍ أو إبْراءِ جَمعٍ أُقْرِعَ في العِتْقِ وقُسِّطَ في غيرِهِ. وإن اخْتَلَفَ وتَصَرَّفَ وُكَلاءُ، فإنْ لم يَكُنْ فيها عِتْقٌ قُسِّطَ، وإنْ كان قُسِّطَ، وفي قولٍ يُقَدَّمُ العِتْقُ. ولو كان له عبدانِ فَقَطْ سالِمٌ وغانِمٌ فقال إنْ أعْتَقْت غانِمًا فَسالِمٌ حُرٌّ ثم أعْتَقَ غانِمًا في مَرَضِ مَوْتِه عَتَقَ ولا إقْراعَ.

ما زاد عليه على الإجازةِ ولو تَقَدَّمت الهِبةُ وتأخَّرَ القبضُ اعْتُبِرَ وقتُه كما مَرَّ لِتَوَقُّفِ الملكِ عليه نعم، المُحاباةُ في نحوِ بيعٍ لا تفتقِرُ لِقبضٍ؛ لأنّها تابِعةٌ (فإنْ وُجِدَتْ دُفْعةً) بضَمِّ الدّالِ كما يأتي بما فيه في الجِراحِ (واتَّحَدَ الجِنسُ كعتقِ عَبيدٍ أو إبراءِ جمعٍ) كأعتقتُكُم أو أبرَأتُكُم (أُقْرِعَ في العتقِ) خاصّةً لِما مَرَّ في خبرِ مسلمٍ «أنّ رجلًا أعتَقَ ستّةً لا يملكُ غيرَهم عندَ موته فدَعاهم النّبيُّ ﷺ فجَزَّأهم أثلاثًا وأقرَعَ بينهم فأعْتَقَ اثنينِ وأرَقَّ أربعَةً» (وقُسِّطَ في غيرِه) باعتبارِ القيمةِ أو المِقْدارِ أو هما وفيما إذا كان فيها حَجُّ تَطَوُّعٍ يُعْتَبَرُ أُجرةُ المثلِ؛ لأنّها قيمةُ المنفعةِ ولا يُقَدَّمُ على غيرِه على الأوجَه ولو أعتقَهما، وشَكَّ في التّرتيبِ والمعيّةِ ففي الروضةِ وأصلِها يُعْتَقُ من كلٍّ نصفُه وفي الشرحِ الصّغيرِ يُقْرَعُ وكالشّكِّ ما لو عُلِمَ ترتيبٌ دون عَينِ السّابِقِ أو نُسِيَتْ أي ولم يُرْجَ بَيانُها (وإن اختلف) الجنسُ (و) صورةُ وُقوعِها مَعًا حينئذٍ إمّا بأنْ قيلَ له أعتقت وأبرَأت ووَقَفْت فيقولُ نعم، أو بأنْ (تَصَرَّفَ وُكَلاءُ) له فيها بأنْ وكَّلَ وكيلًا في هِبةٍ وقَبْضٍ وآخرَ في صَدَقة وآخرَ في إبراءٍ وتَصرَّفوا مَعًا (فإنْ لم يكن فيها عتقٌ قُسِّطَ) الثُّلُثُ على الكلِّ (وإنْ كان) فيها عتقٌ (قُسِّطَ) الثُّلُثُ وأُقْرِعَ فيما يَخُصُّ العتقَ كما مَرَّ.

(وفي قولٍ يُقَدَّمُ) العتقُ كما مَرَّ ولو اجتمع مُنَجَّزةٌ ومُعَلَّقة بالموت قُدِّمت المُنَجَّزةُ لِلُزومِها، (ولو كان له عبدانِ فقط) أي لا ثالِثَ له غيرُهما ولا يخرُجُ من الثُّلُثِ إلا أحدُهما وهذا مُجَرَّدُ تصويرٍ فلا اعتراضَ عليه (سالِمٌ وغانِمٌ) وهو يخرُجُ من الثُّلُثِ وحدَه (فقال إنْ أعتقت غانِمًا فسالِمٌ حُرٌّ) سواءٌ أقال في حالِ إعتاقي في غانِمًا أم لا (ثمّ أعتَقَ غانِمًا في مَرَضِ موته عَتَقَ) غانِمٌ (ولا) توزيعَ لِلثُّلُثِ عليهما ولا (إقراعَ) لِئَلَّا يُؤَدِّيَ لإرقاقِهما مَعًا؛ لأنّها قد تخرُجُ لِسالِمٍ فيَرِقُّ غانِمٌ فيَرِقُّ سالِمٌ؛ لأنّه مَشروطٌ بعتقِ غانِمٍ وفارَقَ ما لو قال إنْ تَزَوَّجْت فأنتَ حُرٌّ حالَ تزويجي فتَزَوَّجَ في المرَضِ بأكثرَ من مهرِ المثلِ فإنّ الثُّلُثَ يوَزَّعُ على الزّيادةِ على مهرِ المثلِ وقيمةِ العبدِ؛ لأنّه لا ترتيبَ بينهما، وإنّما لم يوَزَّعْ فيما نحن فيه كما لا يُقْرَعُ؛ لأنّ العتقَ ثَمَّ مُعَلَّقٌ بالنّكاحِ والتوزيعُ لا يرفَعُه وعتقُ سالِمٍ مُعَلَّقٌ بعتقِ غانِمٍ كامِلًا والتوزيعُ يمنعُ من تَكميلِ عتقِ غانِمٍ فلا يُمْكِنُ إعتاقُ شيءٍ من سالِمٍ فإنْ لم يخرُجْ من الثُّلُثِ عَتَقَ بِقِسطِه أو خرج مع سالِمٍ عتقًا أو مع بعضِه عَتَقَ وبعضُ سالِمٍ كما أفادَ ذلك كلَّه كلامُه في مَواضِعَ أُخَرَ، ويُستَثنَى من الإقراعِ أيضًا ما لو قال ثُلُثُ كلِّ حُرٍّ بعدَ موتي فيُعْتَقُ من كلٍّ ثُلُثُه عندَ الإمكانِ ولا قُرعةَ كما سيذكرُه في العتقِ، وعُلِمَ مِمّا تقرّر أنّه لو أوصَى بأنواعٍ فعجَزَ الثُّلُثُ عنها وُزِّعَ على قيمَتِها وأُجرَتِها كإطعامِ عَشرةٍ وحملِ آخرين إلى مَحَلِّ كذا والحجِّ عنه.

ولو أوصَى ببيعِ كذا لِزَيْدٍ تعيَّنَ أي وإنْ لم يكن فيه رِفْقٌ به ظاهرًا فيما يظهرُ؛ لأنّه قد يكونُ له في

ولو أوصَى بعَيْنٍ حاضِرةٍ هيَ ثُلُثُ مالِه وباقيه غائِبٌ لم تُدْفَعْ كُلُّها إليه في الحالِ، والأَصَحُّ أنّه لا يُتَسَلَّطُ على التَّصَرُّفِ في الثُّلُثِ أيْضًا.

فَصْلٌ

إذا ظَنَنَّا المرَضَ مَخوفًا لم يَنْفُذْ تَبَرُّعٌ زادَ على الثُّلُثِ، ....

ذلك غَرَضٌ فإنْ أبى بَطَلَت الوصيّةُ إلا أنْ يقولَ ويُتَصَدَّقُ بثمنِه فيُباعُ لِغيرِه بخلافِ ما لو أوصَى بأنّه يَحُجُّ عنه بكذا فامتنع فإنّه يُستأجَرُ عنه أي توسِعةً في طُرُقِ العبادةِ ووُصولِ ثوابِها إليه يَحُجُّ الغيرُ ولا كذلك شراءُ الغيرِ، (ولو أوصَى بعَيْنٍ حاضِرةٍ هي ثُلُثُ مالِه وباقيه) دَيْنٌ أو (غائِبٌ) وليس تحتَ يَدِ الوارِثِ (لم تُدفَعْ كلُّها) ولا بعضُها فيما يظهرُ أخذًا مِمّا يأتي في التّصرُّفِ، وإنْ أمكنَ الفرقُ (إليه في الحالِ) لِجوازِ تَلَفِ الغائِبِ فلا يحصُلُ للورثةِ مثلًا ما حَصَلَ له (والأصحُّ أنّه لا يُتَسَلَّطُ) من غيرِ إذْنِهم (على التّصرُّفِ) كالاستخْدامِ (بثُلُثِ) من العين (أيضًا) كثُلُثَيْها اللّذَين لا خلافَ فيهما وذلك؛ لأنّ تَسلُّطَه يتوَقَّفُ على تَسَلُّطِهم على مثليْ ما تُسلِّطَ عليه، وهو مُتعذِّرٌ لاحتمالِ سلامةِ الغائِبِ فتكونُ له ومَنْ تَصَرَّفَ فيما مُنِعَ منه، ثمّ بانَ له صَحَّ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ آخِرَ رابعِ شُروطِ البيعِ وعُلِمَ من قولي دَيْنٌ أنّه لو أوصَى بثُلُثِ مالِه وله عَيْنٌ ودَيْنٌ دُفِعَ للموصَى له ثُلُثُ العين وكلّما نَضَّ من الدّين شيءٌ دُفِعَ له ثُلُثُه وقياسُ ما تقرّر أنّ المدين لو مات عن تَرِكةٍ غائبةٍ إلا أعيانًا أوصَى بها، وهي تخرُجُ من الثُّلُثِ أنّ الأمرَ يوقَفُ إلى حُضورِ الغائِبِ ولا تُباعُ تلك الأعيانُ في الدّين نَظَرًا لِمنفعةِ الغُرَماءِ؛ لأنّ فيه ضَرَرًا لأصحابِها ببيعِها مع احتمالِ أنّها ملكُهم بتقديرِ سلامةِ الغائِبِ لكن أخذَ بعضُهم من الإجماعِ على تقديمِ الدّين مع رَهْنِ التّركةِ به أنّها تُباعُ، ثمّ إنْ وصَلَ الغائِبُ بانَ بُطْلانُ البيعِ وإلا فلا واستُدِلَّ لِذلك بفُروعٍ لا تَدُلُّ إلا لِتُبَيِّنَ بُطْلانَ البيعِ بوُصولِ الغائِبِ وهذا لا نِزاعَ فيه، وإنّما الذي يظهرُ فيه النّزاعُ الإقدامُ على بيعِ الأعيانِ قبلَ تَلَفِ الغائِبِ نعم، لو تَرَتَّبَ على وقفِها ضَرَرٌ خوفَ تَلَفِها أو نحوِه باعها الحاكِمُ وحَفِظَ ثمنَها إلى تَبيُّنِ الأمرِ، وأفتى ابنُ الصّلاحِ بأنّه لو باعَ الحاكِمُ مالَ غائِبٍ في دَينه فقَدِمَ وأبطَلَ الدّيْنَ بانَ بُطْلانُ بيعِ الحاكِمِ كما اعتَمَدوه خلافًا لِقولِ الرّويانيِّ يَمْضي بيعُه، ويُعْطَى الغائِبُ ثمنَ ما باعَه وإنْ تَبِعَه القموليُّ وقد قال بعضُهم هذا لا يوافِقُ مذهبَنا بل مذهبَ أبي حَنيفة.

فصل في بَيانِ المرَضِ المخوفِ

والمُلْحَقِ به المقتضي كلٌّ منهما للحَجْرِ عليه فيما زاد على الثُّلُثِ وعَقَّبَه بالصّيغةِ لِما يأتي.

(إذا ظَنَنّا المرَضَ مَخوفًا) لِتَوَلُّدِ الموت عن جنسِه (لم ينفُذْ) بفتحِ فسُكونٍ فضَمٍّ فمُعْجَمةٍ (تَبَرُّعٌ زاد على الثُّلُثِ)؛ لأنّه محجورٌ عليه في الزّيادةِ لِحَقِّ الورثةِ، قيلَ إنْ أُرِيدَ عدمُ النُّفوذِ باطِنًا لم يُنْظَرْ لِظَنِّنا بل لِوجودِه، وإنْ ظَنَنّاه غيرَه أو ظاهرًا خالف الأصحَّ.

من جوازِ تزويجِ الوليِّ مَنْ أُعتقت فيه وإنْ لم تخرُجْ من الثُّلُثِ؛ لأنّها حُرّةٌ ظاهرًا، ثمّ بعدَ موته إنْ

فإنْ بَرأ نَفَذَ، وإنْ ظَنَنّاه غيرَ مَخوفٍ فَماتَ فإنْ حُمِلَ على الفجْأةِ نَفَذَ، وإلّا فَمَخوفٌ، ولو شَكَكْنا في كَوْنِه مَخوفًا لم يَثْبُتْ ....

خرجتْ من الثُّلُثِ أو أجازَ الورثةُ استَمَرَّت الصِّحّةُ وإلا فلا، وأجابَ الزّركشيُّ بأنّ المُرادَ بعدمِ النُّفوذِ الوقفُ أي وقفُ اللُّزوم والاستمرارِ لا وقفُ الصِّحّةِ لينتَظِمَ الكلامانِ وقولُه زاد على الثُّلُثِ لَا يَلْتَئِمُ مع قولِهم الذي قدَّمَه العبرةُ بالثُّلُثِ عندَ الموت لا الوصيّةِ فإنْ أُريدَ الثُّلُثُ عندَه لم يُنْظَرْ لِظَنِّنا أيضًا قال الجلالُ البُلْقينيُّ: وكان ينبغي له أنْ يقولَ لم ينفُذْ تبرُّعٌ مُنجَّزٌ فإنّ التبرُّعَ المُعلَّقَ بالموت لا حَجْرَ عليه فيه ولو زاد على الثُّلُثِ؛ لأنّ الاعتبارَ بالثُّلُثِ عندَ الموت.

وهذا إنّما يُعرَفُ بعدَ الموت وأمّا المُنجَّزُ فيَثبُتُ حكمُه حالاً فيُحجَرُ عليه فيما زاد على الثُّلُثِ اهـ وفي جميعِه نَظَرٌ كجوابِ الزّركشيّ؛ لأنّ وقفَ اللُّزومِ الذي ذكرَه لا يتقيَّدُ بظَنِّنا كما هو واضِحٌ مِمّا تقرّر في مسألةِ العتيقة، وما ذُكِرَ عن الجلالِ عجيبٌ مع ما تقرّر في الثُّلُثِ أنّه لا يُعْتَبَرُ إلا عندَ الموت مُطْلَقًا وفي مسألةِ العتيقة أنّها تُزَوَّجُ حالاً مع كونِها كلَّ مالِه اعتبارًا بالظّاهرِ من صحّةِ التّصرُّفِ الآنَ فلا فرقَ بين المُنجَّزِ والمُعلَّقِ والذي يندَفِعُ به جميعُ ما اعْتُرِضَ به عليه أنّ كلامَه الآتيَ مُبَيِّنٌ لِمُرادِه مِمّا هنا أنّ مَحَلَّه فيما إذا طَرأَ على المرَضِ قاطِعٌ له من نحوِ غَرَقٍ أو حرقٍ فحينئذٍ إنْ كُنّا ظَنَنّا المرَضَ مَخوفًا بقولِ خَبيرَين لم ينفُذْ تبرُّعٌ زاد على الثُّلُثِ حينئذٍ مُنجَّزًا كان أو مُعلَّقًا بالموت، وإنْ كُنّا ظَنَنّاه غيرَ مَخوفٍ وحَمَلْنا الموتَ على نحوِ الفجْأةِ لِكونِه نحوَ جَرَبٍ أو وجَعِ ضِرْسٍ نَفَذَ المُنجَّزُ، وإنْ زاد على الثُّلُثِ حينئذٍ فاتَّضَحَ أنّ اعتبارَ الثُّلُثِ حين طُروِّ القاطِعِ لا يُخالِفُ ما مَرَّ أنّ العبرةَ فيه بالموت؛ لأنّا لم نعتَبِرْه هنا إلا عندَ الموت (فإنْ بَرأ نَفَذَ) أي بانَ نُفوذُه من حينِ تَصرُّفِه في الكلِّ قطعًا لِتَبيُّنِ أنْ لا مَخوفَ ومَنْ صار عَيْشُه عَيْشَ مذبوحٍ لِمَرَضٍ أو جنايةٍ في حكمِ الأمواتِ بالنّسبةِ لِعدمِ الاعتدادِ بقولِه (وإنْ ظَنَنّاه غيرَ مَخوفٍ فمات) أي اتّصَلَ به الموتُ (فإنْ حُمِلَ على الفجْأةِ) لِكونِ المرَضِ الذي به لا يتولَّدُ منه موتٌ كجَرَبٍ ووَجعِ عَيْنٍ أو ضِرْسٍ وهي بضَمِّ الأوّلِ والمدِّ وبِفتحٍ فسُكونٍ واعتراضُه بأنّه لم يُسمع إلا تنكيرُها يَرُدُّه حديثُ «موتُ الفجْأةِ أخذةُ أَسَفٍ»[1] أي لِغيرِ المُستَعِدِّ وإلا فهو راحةٌ للمُؤمِنِ كما في روايةٍ أخرى (نَفَذَ) جميعُ تَبرُّعِه (وإلا) يُحْمَلُ على ذلك لِكونِ المرَضِ الذي به غيرَ مَخوفٍ، لَكِنّه قد يتولَّدُ عنه الموتُ كإسهالٍ أو حُمَّى يوم أو يومَين وكان التّبرُّعُ قبلَ أنْ يعرقَ واتَّصَلَ الموتُ به (فمَخوفٌ) فلا ينفُذُ ما زاد على الثُّلُثِ، وفائِدةُ الحكم في هذا بأنّه إن اتَّصَلَ به الموتُ مَخوفٌ وإلا فلا أنّه إذا حُزَّ عُنُقُه أو سقَطَ من عالٍ مثلاً كان من رَأسِ المالِ بخلافِ المخوفِ فإنّه يكونُ من الثُّلُثِ مُطْلَقًا كما تقرّر (ولو شككْنا) قبلَ الموت (في كونِه) أي المرَضِ (مَخوفًا لم يَثبُتْ)

---

(١) [صحيح] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٣/ ٤٢٤]، وأبو داود في (سننه) [رقم/ ٣١١٠]، ومن طريقه: البيهقي في (السنن الكبرى) [٣/ ٣٧٨]، وغيرهم من حديث: عبيد بن خالد السلمي ﷺ.

قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (صحيح الجامع) للألباني [رقم/ ٦٦٣١].

إلّا بطَبيبَيْنِ حُرَّيْنِ عَدْلَيْنِ، ومِن المخوفِ قولَنْجُ، وذاتُ جَنْبٍ ورُعافٌ دائِمٌ. وإسْهالٌ مُتَواتِرٌ ودِقٌّ، ....

كونُه مَخوفًا (إلا بـ) قولِ (طَبيبَين حُرَّين عَدْلين) مقبولي الشّهادةِ لِتعلُّقِ حَقِّ الموصَى له والورثةِ بذلك فسُمِعَت الشّهادةُ به ولو في حياته كأنْ عُلِّقَ شيءٌ بكونِه مَخوفًا واعتُرِضَ اقتصارُه على الحُرّيّةِ وحَذْفُه الإسلامَ والتّكْليفَ وذِكْرُه العدالةَ المُغْنيةَ عن الحُرّيّةِ إنْ أُريدَ بها عدالةُ الشّهادةِ ويُجابُ بأنّه لوّحَ بذِكْرِ الحُرّيّةِ إلى أنّ المُرادَ عدالةُ الشّهادةِ لا الرِّوايةِ ولا العدالةُ الظّاهرةُ وأفْهَمَ كلامُه أنّه لا يَثْبُتُ برجلٍ وامرَأتَين ولا بمحضِ النّسوةِ ومَحَلُّه في غيرِ عِلّةٍ باطِنةٍ بامرَأةٍ.

ويُقْبَلُ قولُ الطّبيبَين إنّه غيرُ مَخوفٍ أيضًا خلافًا للمُتَوَلّي وقد لا تَرِدُ عليه بإرجاعِ ضَميرِ يَثْبُتُ إلى كلٍّ من طَرَفَي الشّكِّ أمّا لو اختلف الوارِثُ والمُتَبَرَّعُ عليه بعدَ الموت بنحوِ غَرَقٍ في المرَضِ فيُصَدَّقُ الثاني وعلى الوارِثِ البيِّنةُ ويكفي فيها غيرُ طَبيبَين إذا وقَعَ الاختلافُ في نحوِ الحُمَّى المُطْبِقة ووَجَعِ الضِّرْسِ ولو اختلف الأطِبّاءُ رُجِّحَ الأعلَمُ فالأكثرُ عددًا فمَنْ يُخْبِرُ بأنّه مَخوفٌ (ومن) المرَضِ (المخوفِ) لم يُذْكرْ حَدُّه لِطولِ الاختلافِ فيه بين الفُقَهاءِ فقيلَ كلُّ ما يُستعدُّ بسببه للموت بالإقبالِ على العمَلِ الصّالِحِ، وقيلَ كلُّ ما اتَّصلَ به الموتُ وقال الماوَرْديُّ وتَبِعاه كلُّ ما لا يتطاوَلُ بصاحِبه معه الحياةُ وقالا عن الإمامِ وأقَرّاه ولا يُشْتَرَطُ في كونِه مَخوفًا غلبةُ حُصولِ الموت به بل عدمُ نُدْرَته كالبِرْسامِ الذي هو ورَمٌ في حِجابِ القلْبِ أو الكبِدِ يَصْعَدُ أثَرُه إلى الدِّماغِ.

وهو المعتمدُ وإنْ نازع فيه ابنُ الرِّفعةِ فعُلِمَ أنّه ما يَكْثُرُ عنه الموتُ عاجِلًا وإنْ خالف المخوفَ عندَ الأطِبّاءِ (قولَنْجُ) بضَمِّ أوّلِه مع اللّامِ وفتحِها وكسرِها وهو أنْ تنعَقِدَ أخلاطُ الطّعامِ في بعضِ الأمعاءِ فلا تنزِلُ، ويَصْعَدُ بسببه بُخارٌ إلى الدِّماغِ فيَهْلِكُ وهو أقسامٌ عندَ الأطِبّاءِ ولا فرقَ بين مُعتادِه وغيرِه (وذاتُ جَنبٍ) وهي قُروحٌ تَحْدُثُ في داخِلِ الجنْبِ بوَجَعٍ شَديدٍ، ثمّ تنفَتِحُ في الجنْبِ ويسكُنُ الوجَعُ وذلك وقتُ الهلاكِ، وإنّما كانت مَخوفةً لِقُربِها من الرّئيسين القلْبِ والكبِدِ ومن عَلاماتها الحُمَّى اللّازِمةُ وشِدّةُ الوجَعِ تحتَ الأضْلاعِ وضيقُ النّفَسِ والسُّعالُ (ورُعافٌ) بتَثليثِ أوّلِه (دائِمٌ) لإسقاطِه القوّةَ بخلافِ غيرِ الدّائِمِ ويظهرُ أنّ مُرادَهم بالدّائِمِ المُتَتابِعُ، وأنّه لا بُدَّ في تَتابُعِه من مُضيِّ زَمَنٍ يُفْضي مثلُه فيه عادةً كثيرًا إلى الموت، ولا يُضْبَطُ بما يَأتي في الإسهالِ؛ لأنّ القوّةَ تَتماسَكُ معه نحوَ اليومَين بخلافِ الدّمِ؛ لأنّه قِوامُ الرّوحِ (وإسهالٌ مُتَواتِرٌ) أي مُتَتابِعٌ أيّامًا لِذلك (ودِقٌّ) بكسرِ أوّلِه وهو داءٌ يُصيبُ القلْبَ ولا تبقَى معه الحياةُ غالِبًا، وخرج به السُّلُّ وهو داءٌ يُصيبُ الرِّئةَ فينقُصُ البدَنُ ويَصْفَرُّ فليس بمَخوفٍ مُطْلَقًا لامتدادِ الحياةِ معه غالِبًا، وتعريفُه بما ذُكِرَ لا يوافِقُ تعريفَ الموجَزِ له أوّلًا بأنّه قُرحةٌ في الرِّئةِ معها حُمَّى دِقّيةٌ وثانيًا بأنّه قُرحةٌ في الرِّئةِ يلزمُها حُمَّى دِقّيةٌ وهذا هو الصّوابُ كما قاله العلّامةُ القُطْبُ الشّيرازيُّ ومَنْ تَبِعَه، ويُمْكِنُ توجيه ما ذكرَه الفُقَهاءُ بأنّهم لَمّا رَأوا هذا الاختلافَ فيه عَبّروا بما يحتَمِلُ كلًّا منها مُعَوِّلين على تفصيلِه عندَ أهلِه إذِ الدّاءُ شامِلٌ للأمرَين سواءٌ

وابْتِداءُ فالِجٍ، وخُروجُ طَعامٍ غيرَ مُسْتَحيلٍ، أو كان يَخْرُجُ بشِدّةٍ ووَجَعٍ، أو ومعه دَمٌ، وحُمَّى مُطْبَقَةٌ أو غيرُها إلّا الرِّبْعَ، ....

أكان الثاني جُزْءًا أم لازِمًا وظاهرُ المتنِ وغيرِه أنّ الدِّقَّ ليس من الحُمَّيات، وليس كذلك بل هو المُرادُ من الحُمَّى الدِّقِّيةِ في كلام الأطِبّاءِ وعَرَّفَها في الموجَزِ بأنّها التي تَتَشَبَّثُ بالأعضاءِ الأصليّةِ فهي لا مَحالةَ تُفْني رُطوبَتَها وفيه أيضًا حُمَّى الدِّقِّ أكثرُ ما تكونُ انتقاليّةً أي عن حُمَّى أخرى تسبِقُها ويُمْكِنُ توجيه كلامِ الفُقَهاءِ في الدِّقِّ المُخالِفِ ظاهرُه لِكلام الأطِبّاءِ بأنّ ذلك التَّشَبُّثَ أعظَمُ ما يكونُ بالقَلْبِ فاقتصَروا عليه؛ لأنّه أشرَفُ تلك الأعضاءِ الأصليّةِ (وابتداءُ فالِجٍ) وهو أعني الفالِجَ عندَ الأطِبّاءِ استرْخاءٌ عامٌّ لأحَدِ شِقَّي البدَنِ طولاً وعندَ الفُقَهاءِ استرْخاءُ أيِّ عُضْوٍ كان وسببُه غلبةُ الرُّطوبةِ والبلغَمِ ووجه الخوفِ في ابتدائِه أنّهما يَهيجانِ حينئذٍ فرُبَّما أطفآ الحرَّ الغريزيَّ، وذلك مُنْتَفٍ مع دَوامِه.

(وخُروجُ الطّعامِ غيرُ مُستَحيلٍ) لِزَوالِ القوّةِ الماسِكةِ ويلزمُ من هذا الإسهالُ لكن لا يُشْتَرَطُ تَواتُرُه فلهذا ذكرَه بعدَه (أو كان يخرُجُ بشِدّةٍ ووَجَعٍ) ويُسَمَّى الزّحيرَ وإفادةُ المُضارِعِ في حَيِّزِ كان لِلتَّكْرارِ المُرادِ هنا اختلف فيها الأُصوليّون، والتحقيقُ أنّه يُفيدُه عُرْفًا لا وضْعًا (أو) يخرُجُ (ومعه دَمٌ) من عُضْوٍ شَريفٍ كالكبِدِ دون البواسيرِ؛ لأنّه يُسقِطُ القوّةَ قال السُّبْكيُّ وما بأصلِه من أنّ خُروجَه بشِدّةٍ ووَجَعٍ ومعه دَمٌ إنّما يكونُ مَخوفًا إنْ صَحِبَه إسهالٌ ولو غيرَ مُتَواتِرٍ هو الصّوابُ، ثمّ بَيَّنَ هو ومَنْ تَبِعَه أنّ أصلَ نُسخةِ المُصَنِّفِ موافَقة لأصلِه، وإنّما فيها إلحاقٌ اشتَبَهَ على الكتَبةِ فوَضَعوه بغيرِ مَحَلِّه وكلُّ ذلك فيه نَظَرٌ وكلامُ الأطِبّاءِ مُصَرِّحٌ بأنّ الزّحيرَ وحدَه مَخوفٌ، وكذا خُروجُ دَمِ العُضْوِ الشّريفِ فالوجه أخذًا مِمّا أشعَرَتْ به كانْ حُمِلَ ما في المتنِ على ما إذا تَكرَّرَ ذلك تَكرارًا يُفيدُ إسقاطَ القوّةِ وإنْ لم يكن معه إسهالٌ، ويُحْمَلَ كلامُ أصلِه ومَنْ تَبِعَه على أنّه إذا صَحِبَه إسهالٌ نحوَ يومَين لا يُشْتَرَطُ فيه ذلك التّكْرارُ فلا خلافَ بين العبارَتَين (وحُمَّى) شَديدةٌ (مُطبِقة) بكسرِ الباءِ أشهرُ من فتْحِها أي لازِمةٌ لا تبرَحُ بأنْ جاوَزَتْ يومَين لإذْهابِها حينئذٍ للقوّةِ التي هي دَوامُ الحياةِ فإنْ لم تُجاوِزْهما فقد مَرَّ حكمُها (أو غيرُها) من وِرْدٍ تأتي كلَّ يوم وغِبٍّ تأتي يومًا وتُقْلِعُ يومًا وثُلُثٍ تأتي يومَين وتُقْلِعُ في الثالِثِ وحُمَّى الأخوَين تأتي يومَين وتنقَطِعُ يومَين، وظاهرُ كلامِهم أنّه لا فرقَ في هذه الأربعةِ بين طولِ زَمَنِها وقِلَّته (إلا الرِّبْعَ) بكسرِ أوّلِه كالبقيّةِ وهي التي تأتي يومًا وتُقْلِعُ يومَين؛ لأنّه يتقَوَّى في يومَي الإقلاعِ، ومَحَلُّه إنْ لم يَتَّصِلْ بها الموتُ وإلا فقد مَرَّ فيها تفصيلٌ بين أنْ يكون التّبَرُّعُ قبلَ العرَقِ وبعدَه وكان الأنسَبُ تَسميتها الثُّلْثَ كما في ألسِنةِ العامّةِ لكن جمعٌ لُغَويّون وجَّهوا الأوّلَ بأنّه من رِبْعِ الإبِلِ وهو وُرودُ الماءِ في اليومِ الثالِثِ وبَقِيَ من المخوفِ أشياءُ منها جُرْحٌ نَفَذَ لِجوْفٍ أو على مقتَلٍ أو مَحَلٍّ كثيرِ اللّحْمِ أو صَحِبَه ضَرَبانٌ شَديدٌ أو تَآكُلٌ أو تَوَرُّمٌ وقَيْءٌ دامٍ أو صَحِبَه خَلْطٌ، ويظهرُ أنّ العِبرَ في دَوامِه بما مَرَّ في الإسهالِ لا الرُّعافِ والوباءِ والطّاعونِ أي زَمَنِهِما فتَصَرُّفُ النّاسِ

والمَذْهَبُ أنّه يَلْحَقُ بالمخوفِ أسْرُ كُفّارٍ اعْتادوا قَتْلَ الأَسْرَى، والتِحامُ قِتالٍ بين مُتَكافِئَيْنِ، وتَقْديمٌ لِقِصاصٍ أو رَجْمٍ، واضْطِرابُ ريحٍ، وهَيَجانُ مَوْجٍ في راكِبِ سَفينةٍ، وطَلْقُ حامِلٍ، وبعد الوضْعِ ما لم تَنْفَصِل المشيمةُ.
وَصيغَتُها أوصَيْتُ له بكَذا أو ادْفَعوا إليه أو أعْطوه بعد مَوْتي ....

كلُّهم فيه محسوبٌ من الثُّلُثِ لكن قيَّدَه في الكافي بمَنْ وقَعَ الموتُ في أمثالِه واستَحْسَنَه الأذرَعيُّ وهل يُقَيَّدُ به بتَسليم اعتمادِه إطلاقَهم حرمةَ دخولِ بَلَدِ الطّاعونِ أو الوباءِ والخُروجِ منها لِغيرِ حاجةٍ أو يُفرَّقُ مَحَلُّ نَظَرٍ وعدمُ الفرقِ أقرَبُ (والمذهبُ أنّه يَلْحَقُ بالمخوفِ أسرُ كُفّارٍ) أو مسلمين (اعتادوا قتلَ الأسرى والتحامَ قِتالٍ بين) اثنين أو حِزبَين (مُتَكافِئَين) أو قريبَي التّكافُؤِ اتَّحَدا إسلامًا وكُفرًا أم لا (وتقديمُ القتلِ) بنحوِ (قِصاصٍ أو رَجْمٍ) ولو بإقرارِه (واضطِرابِ ريحٍ وهَيَجانِ موجٍ) الجمعُ بينهما تأكيدٌ لِتَلازُمِهِما عادةً (في) حَقِّ (راكِبِ سفينةٍ) ببَحْرٍ أو نَهْرٍ عَظيمٍ كالنّيلِ والفُراتِ وإنْ أحسَنَ السِّباحةَ وقَرُبَ من البرِّ على ما اقتضاه إطلاقُهم؛ لأنّ ذلك كلَّه يُخافُ منه الموتُ كثيرًا بل هو لِكونِه لا ينفَعُ فيه دَواءٌ أولى من المرَضِ وخرج باعتادوا غيرُهم كالرّومِ وبالالتحام الذي هو اتِّصالُ الأسلِحةِ ما قبله وإنْ تَراموا بالنُّشابِ والحِرابِ وبِمُتَكافِئين الغالِبةُ بخلافِ المغلوبةِ وبتقديمٍ لِذلك الحبسُ له وإنّما جُعِلَ مثلُه في وجوبِ الإيصاءِ الوديعةِ ونحوِها احتياطًا لِحِفْظِ مالِ الآدَميِّ عن الضّياعِ، وظاهرُ تعبيرِهم بالتقديمِ للقتلِ أنّ ما قبله ولو بعدَ الخُروجِ من الحبسِ إليه لا يُعْتَبَرُ وهو ظاهرٌ لِبُعْدِ السّبَبِ حينئذٍ، وأنّه بعدَ التقديمِ لو مات بهَدْمٍ مثلًا كان تَبَرُّعُه بعدَ التقديمِ محسوبًا من الثُّلُثِ كالموت أيّامَ الطّعْنِ بغيرِ الطّاعونِ (وطَلْقُ حامِلٍ) وإنْ تكرَّرَتْ وِلادَتُها لِعِظَمِ خطَرِه ومن ثَمَّ كان موتُها منه شَهادةً، وخرج به نفسُ الحملِ فليس بمَخوفٍ ولا أثَرَ لِتَوَلُّدِ الطَّلْقِ المَخوفِ منه؛ لأنّه ليس بمَرَضٍ وبه فارَقَ قولَهم لو قال الخُبَراءُ إنّ هذا المرَضَ غيرُ مَخوفٍ لكن يتوَلَّدُ منه مَخوفٌ لا نادِرًا كان كالمخوفِ (وبعدَ الوضعِ) لِوَلَدٍ مُخلَّقٍ (ما لم تنفَصِل المشيمةُ) وهي التي تُسَمّيها النّساءُ الخلاصَ؛ لأنّها تُشْبِه الجُرْحَ الواصِلَ إلى الجوفِ ولا خوفَ في إلقاءِ عَلَقةٍ أو مُضغةٍ بخلافِ موت الولدِ في الجوْفِ أمّا إذا انفَصَلَت المشيمةُ فلا خوفَ، ومَحَلُّه إنْ لم يحصُلْ من الوِلادةِ جُرْحٌ أو ضَرَبانٌ شَديدٌ أو ورَمٌ وإلّا فحتى يَزولَ الرُّكْنُ الرّابعُ الصّيغةُ وفَصَلَ بينه وبين الثالِثِ بما في هذا الفصلِ والذي قبله؛ لأنّ لهما مُناسبةً بما ذكرَه قبلَهما من الإجازةِ في الوصيّةِ للوارِثِ ومن كونِ الموصَى به قد يَبْلُغُ الثُّلُثَ وقد لا. وقد يكونُ في المرَضِ وقد لا فذُيِّلَ بهما ليتفَرَّغَ الذِّهْنُ لِلرّابعِ لِصُعوبَته وطولِ الكلامِ فيه.

(وصيغَتُها) أي الوصيّةِ ما أشعَرَ بها من لفظٍ أو نحوِه كإشارةٍ وكِتابةٍ صريحًا كان أو كِنايةً فمن الصّريحِ (أوصَيت) فما أفهَمَه تعريفُ الجُزأينِ من الحصْرِ غيرُ مُرادٍ (له بكذا) وإنْ لم يَقُلْ بعدَ موتي لَوَضعِها شرعًا لِذلك (أو ادفعوا إليه) كذا (أو أعطوه) كذا وإنْ لم يَقُلْ من مالي على المعتمدِ أو وهَبْته أو حَبَوْته أو مَلَّكْته كذا أو تَصَدَّقْت عليه بكذا (بعدَ موتي) أو نحوُه الآتي راجعٌ لِما بعدَ أوصَيْت، ولم

أو جَعَلْتُه له أو هو له بعد مَوْتي، فَلَو اقْتَصَرَ على هو له فإقرارٌ إلّا أنْ يَقولَ هو له من مالي فَيكون وصيّةً، وتَنْعَقِدُ بكِنايةٍ، والكِتابةُ كِنايةٌ.

يُبالِ بإيهامِ رُجوعِه له اتِّكالاً على ما عُرِفَ من سياقِه إنْ أوصَيْت وما اشتُقَّ منه موضوعةٌ لِذلك (أو جعلْته له أو هو له بعدَ موتي) أو بعدَ عَيْني أو إنْ قضى اللّه عليَّ، وأرادَ الموتَ وإلا فهما لَغْوٌ، وذلك لأنّ إضافة كلٍّ منها للموت صَيَّرَتْها بمعنى الوصيّةِ، وكان حِكْمةُ تَكْريرِه بعدَ موتي اختلافَ ما في السّياقَين إذِ الأوّلُ محضُ أمرٍ والثاني لفظُه لفظُ الخبرِ ومعناه الإنشاءُ، وزعم أنّها لو تأخّرَتْ لم تَعُدْ للكلِّ؛ لأنّ العطْفَ بأو ضعيفٌ كما يُعْلَمُ مِمّا مَرَّ في الوقفِ (فلو اقتصَرَ على) نحوِ وهَبْته له فهو هِبةٌ ناجِزةٌ أو على نحوِ ادْفَعوا إليه كذا من مالي فتوكيلٌ يرتَفِعُ بنحوِ الموت، وفي هذه وما قبلها لا تكونُ كِنايةَ وصيّةٍ أو على جعلْته له احتَمَلَ الوصيّةَ والهبةَ فإنْ عُلِمت نيّتُه لأحَدِهِما وإلا بَطَلَ أو على ثُلُثِ مالي للفُقَراءِ لم يكن إقرارًا ولا وصيّةً، وقيلَ وصيّةٌ للفُقَراءِ ويظهرُ أخذًا مِمّا يأتي في هو له من مالي أنّه كِنايةُ وصيّةٍ فإنْ قُلْت لِمَ لم يكن إقرارًا بنذرٍ سابِقٍ قُلْت؛ لأنّ قوله مالي الصّريحُ في بَقائِه كلِّه على ملكِه ينفي ذلك وإنْ أمكنَ تأويلُه إذْ لا إلزامَ بالشّكِّ.

ومن ثَمَّ لو قال ثُلُثُ هذا المالِ للفُقَراءِ لم يَبْعُدْ حملُه على ذلك ليصحَّ؛ لأنّ كلامَ المُكلَّفِ متى أمكنَ حملُه على وجهٍ صحيحٍ من غيرِ مانِعٍ فيه لِذلك حُمِلَ عليه أو على (هو له فإقرارٌ)؛ لأنّه من صَرائِحِه، ووُجِدَ نَفاذًا في موضوعِه فلا يُجْعَلُ كِنايةَ وصيّةٍ وكذا لو اقتُصِرَ على قولِه هو صَدَقة أو وقفٌ على كذا فيُنَجَّزُ من حينئذٍ وإنْ وقَعَ جوابًا مِمَّنْ قيلَ له أوصِ؛ لأنّ مثلَ ذلك لا يُفيدُ خلافًا لأبي ثَوْرٍ والمُزَنيّ (إلا أنْ يقولَ هو له من مالي فيكون وصيّةً) أي كِنايةً فيها لاحتمالِه لها والهِبةِ النّاجِزةِ فافْتَقَرَ لِلنّيّةِ، وبه يُرَدُّ ترجيحُ السُّبْكيّ أنّه صريحٌ وعلى الأوّلِ لو مات ولم تُعْلم نيّتُه بطَلَ؛ لأنّ الأصلَ عدمُها والإقرارُ هنا غيرُ مُتأتٍّ لأجلِ قولِه مالي نظيرَ ما مَرَّ (وتنعَقِدُ بالكِنايةِ) وهي ما احتَمَلَ الوصيّةَ وغيرَها كقولِه عَيَّنْت هذا له أو عبدي هذا له كالبيعِ بل أولى وفي قولِه هذا صَدَقة بعدَ موتي على فُلانٍ مثلاً لِكِنايةٍ ليستْ في الوصيّةِ؛ لأنّ هذا صريحٌ فيها بل في قولِه صَدَقة لاحتمالِه الملك والوقفَ فإنْ جُهِلَ ما أرادَ به بَطَلَ ما لم يُؤمَر الوارِثُ بالحلِفِ أنّه لا يعلَمُ إرادَتَه فينكلُ فيحلِفُ المُدَّعي أنّه أرادَ الملك أو الوقفَ، ويُعْمَلُ به حينئذٍ وصرّح جمعٌ مُتأخّرون بصحّةِ قولِه لِمَدينِه إنْ مِتّ فأعْطِ فُلانًا دَيْني الذي عليك أو ففَرِّقْه على الفُقَراءِ ولا يُقْبَلُ قولُه في ذلك بل لا بُدَّ من بَيِّنةٍ به (والكِتابةُ) بالتّاءِ (كِنايةٌ) فتنعَقِدُ بها مع النّيّةِ ولو من ناطِقٍ ولا بُدَّ من الاعترافِ بها نُطْقًا منه أو من وارِثِه وإنْ قال هذا خطّي وما فيه وصيّتي وليس لِلشّاهِدِ التّحمُّلُ حتى يُقْرأَ عليه الكِتابُ أو يقولَ أنا عالِمٌ بما فيه وإشارةُ مَنِ اعْتُقِلَ لِسانُه ينبغي أنْ يأتيَ فيها تفصيلُ الأخرسِ فإنْ فهِمَها كلُّ أحدٍ فصريحةٌ، وإلا فكِنايةٌ ومَرَّ أنّ كِنايته لا بُدَّ فيها من نيّةٍ، وأنّه يكفي الإعلامُ بها بإشارةٍ أو كِتابةٍ ولو قال مَنِ ادّعَى عليَّ شيئًا أو أنّه أوفَى مالي عندَه فصَدِّقوه بلا حُجّةٍ كان وصيّةً على الأوجَه فإنْ قال في الثانيةِ صَدِّقوه بيمينِه أو بلا بَيِّنةٍ

وإنْ أوصَى لِغيرِ مُعَيَّنٍ كالفُقَراءِ لَزِمَتْ بالموْتِ بلا قَبولٍ، أو لِمُعَيَّنٍ اشْتُرِطَ القبولُ.
وَلا يَصِحُّ قَبولٌ ولا رَدٌّ في حَياةِ الموصي، ....

لم يكن وصيّةً على الأوجه أيضًا؛ لأنّه لم يُسمح له بشيءٍ، وإنّما قنعَ منه بحُجّةٍ بَدَلَ حُجّةٍ وهذا مُخالِفٌ لأمْرِ الشّارعِ فلْيكن لَغْوًا ويُكلَّفُ البيِّنةَ فإنْ قُلْت: لِمَ لم يكن وصيّةً لِمَنِ ادَّعَى الوفاءَ وحَلَفَ؟ قُلْت: ليس هذا وضْعَ الوصيّةِ ولا قريبًا منه فلم يُحْمَلْ عليها سواءٌ أعَيَّنَ الغُرَماءَ أم أجمَلَهم فما أوهَمَه كلامُ أبي زُرْعةَ من أنّه إذا عَيَّنَ الغريمَ وقدرَ مُدَّعاه كان وصيّةً بَعيدٌ جِدًّا لِما قرَّرْته أنّ اشتراطَه اليمين إعراضٌ عن الوصيّةِ بكلِّ وجهٍ كما هو ظاهرٌ.

وفي الإشرافِ لو قال المريضُ ما يَدَّعيه فُلانٌ فصَدِّقوه فمات قال الجُرْجانيُّ هذا إقرارٌ بمجهولٍ وتعيينُه للورثةِ، وسَكتَ عليه الزّركشيُّ وغيرُه وفيه نَظَرٌ؛ لأنّ قوله يَدَّعيه تَبَرُّؤٌ منه ولأنّ أمرَه لِغيرِه بتصديقِه لا يقتضي أنّه هو مُصَدِّقُه فلو قيلَ إنّه وصيّةٌ أيضًا لم يَبْعُدْ أو ما في جَريدَتي قبَضْته كلَّه كان إقرارًا بالنّسبةِ لِما عُلِمَ أنّه فيها وقتَهُ.

(وإنْ أوصَى لِغيرِ مُعَيَّنٍ) يعني لِغيرِ محصورٍ (كالفُقَراءِ لَزِمت بالموت بلا) اشتراطِ (قبولٍ) لِتعذُّرِه منهم ومن ثَمَّ لو قال لِفُقَراءِ مَحَلِّ كذا، وانحَصَرَ وأبانَ سهُلَ عادةً عَدُّهم تعيَّنَ قبولُهم ووَجَبَت التّسويةُ بينهم ولو رَدَّ غيرُ المحصورين لم ترتَدَّ برَدِّهم كما أفْهَمَه قولُه لَزِمت بالموت ودعوَى أنّ عدمَ حَصْرِهم يستَلْزِمُ عدمَ تَصَوُّرِ رَدِّهم تُرَدُّ بأنّ المُرادَ بعدمِ الحصْرِ كثرَتُهم بحيثُ يَشُقُّ عادةً استيعابُهم فاستيعابُهم ممكنٌ ويلزمُ منه تَصَوُّرُ رَدِّهم وعليه فالمُرادُ بتعذُّرِ قبولِهم تعذُّرُه غالِبًا أو باعتبارِ ما من شَأنِه يَجوزُ الاقتصارُ على ثلاثةٍ من غيرِ المحصورين ولا تجبُ التّسويةُ بينهم (أو) وصَّى (لِمُعَيَّنٍ) محصورٍ لا كالعلَويّةِ؛ لأنّهم كالفُقَراءِ (اشتُرِطَ القبولُ) منه إنْ تأهَّلَ، وإنْ كان الملكُ لِغيرِه كما مَرَّ في الوصيّةِ للقِنِّ، وإلا فمن وليِّه أو سيِّدِه أو ناظِرِ المسجِدِ على الأوجَه بخلافِ نحوِ الخيلِ المُسَبَّلةِ بالثُّغورِ لا تحتاجُ لِقَبولٍ؛ لأنّها تُشْبِه الجِهةَ العامّةَ ولو كانت الوصيّةُ للمُعَيَّنِ بالعتقِ كأعتقوا هذا بعدَ موتي سواءٌ أقال عَنّي أم لا لم يُشْتَرَطْ قبولُه؛ لأنّ فيه حَقًّا مُؤَكَّدًا لِلَّه فكان كالجِهةِ العامّةِ، وكذا المُدَبَّرُ بخلافِ أوصَيْت له برَقَبَته لاقتضاءِ هذه الصّيغةِ القبولَ وبهذا التّفصيلِ فيه النّاظِرُ إلى أنّ الأوّلَ تَحْريرٌ والثّاني تمليكٌ فارَقَ ما مَرَّ في المسجِدِ؛ لأنّه تمليكٌ لا غيرُ فناسبه القبولُ مُطْلَقًا.

(ولا يصحُّ قبولٌ ولا رَدٌّ في حياةِ الموصي) ولا مع موته إذْ لا حَقَّ له إلا بعدَ الموت فلِمَنْ رَدَّ حينئذٍ القبولُ بعدَ الموت وعكسُه بخلافِهما بعدَ الموت نعم، القبولُ بعدَ الرّدِّ لا يُفيدُ، وكذا الرّدُّ بعدَ القبولِ قبلَ القبضِ أو بعدَه على المعتمدِ ومن صريحِ الرّدِّ رِدَّتُها أو لا أقبَلُها أو أبطَلْتها أو ألغَيْتها ومن كِناياته نحوُ لا حاجةَ لي بها وأنا غَنيٌّ عنها وهذه لا تَليقُ بي فيما يظهرُ قال الزّركشيُّ وظاهرُ كلامِهم أنّ المُرادَ القبولُ اللّفظيُّ ويُشْبِه الاكتفاءَ بالفعلِ وهو الأخذُ كالهديّةِ اهـ.

وسبقَه إليه القموليُّ فقال في الرّهْنِ يكفي التّصَرُّفُ بالرّهْنِ ونحوِه وكِلاهما ضعيفٌ، والفرقُ بين

ولا يُشْتَرَطُ بعد مَوْتِه الفوْرُ. فإنْ ماتَ الموصَى له قبلَه بَطَلَتْ أو بعده فَيَقْبلُ وارِثُهُ. وَهَلْ

هذا والهديّةِ ونحوِ الوكيلِ واضِحٌ إذِ النّقْلُ للإكْرام الذي استَلْزَمته الهديّةُ عادةً يقتضي عدمَ الاحتياجِ لِلَّفظِ في القبولِ ولا كذلك هنا ونحوُ الوكالةِ لا يقتضي تَمَلُّك شيءٍ فلا يُشْبِه ما هنا، وإنّما يُشْبِهُه الهِبةُ وهي لا بُدَّ فيها من القبولِ لفظًا.

(ولا يُشْتَرَطُ بعدَ موته الفوْرُ) في القبولِ؛ لأنّه إنّما يُشْتَرَطُ في عقدٍ ناجزٍ يَتَّصِلُ قبولُه بإيجابه نعم، يلزمُ الوليَّ القبولُ أو الرّدُّ فوْرًا بحَسبِ المصْلَحةِ فإن امتنع مِمّا اقتضتْه المصْلَحةُ عِنادًا انعزَلْ أو مُتأوِّلاً قامَ القاضي مَقامَه، والأوجَه صحّةُ الاقتصارِ على قبولِ البعضِ؛ لأنّ المُطابَقة بين الإيجابِ والقبولِ إنّما هي في البيعِ، وما أُلحِقَ به كالهِبةِ والوصيّةِ ليستْ كذلك (فإنْ مات الموصَى له قبله) أي قبلَ موت الموصي وكذا لو مات معه (بَطَلَتْ) الوصيّةُ لِعدمِ لُزومِها وأيلولَتها لِلُّزوم حينئذٍ (أو بعدَه) أي بعدَ موت الموصي وقبلَ القبولِ والرّدِّ لم تبطُلْ (فيقبَلُ) أو يَرُدُّ (وارِثُه) ولو الإمامَ فيمَنْ يَرِثُه بيتُ المالِ؛ لأنّه خَليفتُه ومن ثَمَّ لو قبِلَ قضى دَيْنَ مورِّثِه منه، ويُؤْخَذُ منه أنّ وارِثَ الموصَى له لو كان وارِثًا للمَيِّت دون مورِّثِه لم يكن وصيّةً لِوارِثٍ؛ لأنّ العبرةَ في كونِه وارِثًا بيومِ الموت كما مَرَّ فلا نَظَرَ للقَبولِ لِما تقرّر أنّه مُبَيِّنٌ لاستقرارِ ملكِ الموصَى له بالموت، ولأنّه لم يملكْ هنا من جِهةِ الوصيّةِ بل من جِهةِ إرْثِه للوارِثِ وهما جهتانِ مختَلِفَتانِ، ويلزمُ وليَّ الوارِثِ الأصلَحُ من القبولِ والرّدِّ نظيرَ ما مَرَّ آنِفًا، وقد يتخالَفانِ أعني قبولَ الموصَى له وقَبولَ وارِثِه فيما إذا أوصَى له بوَلَدِه فإنّه إنْ قبِله هو ورِثَ منه أو وارِثُه حَجَبَ الموصَى به القابِلَ كأخي الأبِ أم لا كأخي الولدِ فلا يَرِثُ لِلدَّوْرِ؛ لأنّه إنْ حَجبَه بَطَلَ قبولُه فيَبْطُلُ عتقُ الولدِ فلا يَرِثُ فأدّى إرْثُه لِعدمِه وإنْ لم يحجُبْه فكذلك إذْ لو ورِثَ لَخرجَ أخوه عن أهليّةِ القبولِ في النّصفِ ولا يُمْكِنُ أنْ يقبَله الولدُ الموصَى به لِتَوَقُّفِه على إرْثِه المُتَوَقِّفِ على عتقِه المُتَوَقِّفِ على قبولِه فتَوَقَّفَ قبولُه على قبولِه وهو مُحالٌ، وإذا اقتصَرَ القبولُ على النّصفِ بَقِيَ نصفُه رَقيقًا ومَنْ بعضُه رَقيقٌ لا يَرِثُ.

(وهل) جَرى على العُرْفِ في استعمالِ هل مَقامُ طَلَبِ التّصَوُّرِ الذي هو مَحَلُّ الهمزةِ في مثلِ هذا المقامِ؟ ولِذا أتى في حَيِّزِها بالعطْفِ بأم المُناسِبِ للهمزةِ لا لِهل فإنّه إنّما يعطِفُ في حَيِّزِها بأو هذا كلُّه إنْ قُلْنا بما قاله صاحِبُ المُغْني وجَرى عليه صاحِبُ التّلْخيصِ وشارِحُه، وكلامُه أنّ الهمزةَ في نحوِ أزَيْدٌ في الدّارِ أم عمرٌو؟ وأزَيْدٌ في الدّارِ أم في المسجِدِ؟ لِطَلَبِ التّصَوُّرِ أمّا على ما حَقَّقَه السّيِّدُ أنّ الهمزةَ في نحوِ هذينِ لِطَلَبِ التّصْديقِ؛ لأنّ السّائِلَ مُتَصَوِّرٌ لِكلٍّ من زَيْدٍ وعمرٍو ولِلدّارِ والمسجِدِ قبلَ جوابِ سُؤالِه وبعدَ الجوابِ لم يَزِدْ له شيءٌ في تَصَوُّرِها أصلاً بل بَقِيَ تَصَوُّرُها على ما كان، والحاصِلُ بالجوابِ هو التّصْديقُ أي الحكمُ الذي هو إدْراكُ أنّ النّسبةَ إلى أحدِهما بعَينه واقعةٌ أوّلاً فهل في كلامِه باقيةٌ على وضْعِها من طَلَبِ التّصْديقِ الإيجابيِّ أو السّلْبيِّ خلافًا لِمَنْ وهَم فيه، وأم في كلامِه مُنْقَطِعةٌ لا مُتَّصِلةٌ ولا مانِعَ من وُقوعِها في حَيِّزِ هل تَشْبيهًا له بوُقوعِها في حَيِّزِ الهمزةِ التي

يَملِكُ الموصَى له بمَوْتِ الموصي أم بقَبولِه أم مَوْقوفٌ، فإنْ قَبِلَ بانَ أنّه مَلَكَ بالموْتِ، وإلّا بانَ للوارِثِ أقْوالٌ أظْهَرُها الثّالِثُ، وعليها تُبنَى الثَّمَرةُ، وكَسْبُ عبدٍ حَصَلا بين الموْتِ والقبولِ، ونَفَقَتُه وفِطْرَتُه، ونُطالِبُ الموصَى له بالنَّفَقةِ إنْ تَوَقَّفَ في قَبولِه ورَدِّهِ.

بمعناها (يملكُ الموصَى له) المُعَيَّنُ الموصَى به الذي ليس بإعتاقٍ (بموت الموصي أو بقَبوله أم) الملكُ (موقوفٌ) ومعنى الوقفِ هنا عدمُ الحكمِ عليه عَقِبَ الموت بشيءٍ (فإنْ قبِلَ بانَ أنّه ملكَ بالموت وإلا) يقبل بأنْ رَدَّ (بانَ) أنّه ملكٌ (للوارِثِ) من حينِ الموت (أقوالٌ أظهرُها الثالِثُ) لِتعذُّرِ جَعْلِه للمَيِّت مُطْلَقًا وللوارِثِ قبلَ خُروجِ الوصيّةِ وللموصَى له وإلا لَما صَحَّ رَدُّه فتعيَّنَ الوقفُ (وعليها) أي الأقوالِ الثلاثةِ (تُبنَى الثَمَرةُ وكَسبُ عبدٍ حَصلا) لا قلاقة فيه؛ لأنّ تعريفَ ثمرةٍ جنسيٌّ فساوَى التنكيرَ في كسبٍ ووقع حينئذٍ حَصلا صِفة لهما من غيرِ إشكالٍ فيه (بين الموت والقبولِ) وكذا بَقيّةُ الفوائِدِ الحاصِلةِ حينئذٍ (ونفقتُه وفطرَتُه) وغيرُهما من المُؤَنِ فعلى الأوّلِ له الأوّلانِ وعليه الآخرانِ وعلى الثاني لا ولا قبلَ القبولِ بل للوارِثِ وعليه وعلى المعتمدِ هي موقوفة فإنْ قبِلَ فله الأوّلانِ وعليه الآخرانِ، وإلا فلا وإذا رَدَّ فالزّوائِدُ بعدَ الموت للوارِثِ، وليستْ من التّركةِ فلا يَتعلَّقُ بها دَيْنٌ.

(تنبيهٌ) مَرَّ في الوقفِ الفرقُ بين الواقِفِ والمُستَحَقّين في أنّ المدارَ فيه على التّأبيرِ وعدمِه وفيهم على الموجودِ وعدمِه وحينئذٍ فلو أوصَى بنَخْلِه فهل المُؤَبَّرُ عندَ الموت تَرِكةٌ كما قُلْنا، ثمّ إنّه للواقِفِ وغيرُه للموصَى له وإنْ بَرَزَ قبلَ الموت أو أنّ ما وُجِدَ عندَ الموت تَرِكةٌ تأبّرَ أو لا وما حَدَثَ بعدَه للموصَى له كلٌّ مُحتَمَلٌ، والأقربُ هنا الثاني، ويُفَرَّقُ بينه وبين الواقِفِ بأنّ المُمَلِّك ثَمَّ الصّيغةُ وحدَها فاعتَبَرْنا حالَ الثَمَرةِ عندَها كالبيعِ وهنا لا اعتبارَ بالصّيغةِ؛ لأنّ وقتَ القولِ والتمليكِ لم يدخلْ بها بل بالموت بشرطِ القبولِ فاعتَبَرْناه واعتَبَرْنا وجودَ الثَمَرةِ عندَه فتكونُ تَرِكةً وبعدَه فتكونُ وصيّةً.

(ويُطالَبُ) يصحُّ بناؤُه للفاعِلِ فالضّميرُ للعبدِ وللمفعولِ فهو لِكلِّ مَنْ صَلَحَتْ منه المُطالَبةُ كالوارِثِ أو وليِّه والوصيِّ (الموصَى له بالنّفَقة إنْ تَوَقَّفَ في قبولِه وردِّه) فإنْ لم يقبل ولم يَرُدَّ خَيَّرَه الحاكِمُ بينهما فإنْ أبى حُكِمَ عليه بالإبطالِ كمُتَحَجِّرٍ امتنع من الإحياءِ، وقضيّةُ المتنِ جَرَيانُ ذلك على كلِّ قولٍ واستُشْكِلَ جَرَيانُه على الثاني بأنّ الملك لِغيرِه فكيف تُطالَبُ بالنّفَقة، وقد يوَجَّه بأنّ مُطالَبَتَه بها وسيلةٌ لِفَصْلِ الأمرِ بالقبولِ أو الرّدِّ فجازَ لِذلك وبهذا يُجابُ أيضًا عن ترجيحِ ابنِ الرِّفعةِ على قولِ الوقفِ وجوبَ النّفقة عليهما كاثنين عَقَدا على امرَأةٍ وجُهِلَ السّابِقُ، وفَرَّقَ السُّبْكيُّ بأنّ كلًّا منهما مُعتَرِفٌ بوجوبِ النّفَقة عليه، وليس مُتَمَكِّنًا من دَفْعِ الآخرِ بخلافِهما هنا.

ويَرُدُّه ما مَرَّ في خيارِ البيعِ أنّهما يُطالَبانِ على القولِ بالوقفِ مع فقْدِ نظيرِ ما ذكرَه من الاعترافِ فعُلِمَ أنّه ليس هو السّببَ في مُطالَبَتِهما، والكلامُ في المُطالَبةِ حالاً ما بالنّسبةِ لِلاستقرارِ فهي على

فَصْلٌ

إذا أوصَى بشاةٍ تَناوَلَ صَغيرةَ الجُثّةِ وكَبيرَتَها سَليمةً ومَعيبةً ضأنًا ومَعْزًا وكذا ذَكَرَ في الأصَحِّ ....

الموصَى له إنْ قبِلَ، وإلا فعلى الوارِثِ وفي وصيّةِ التّمَلُّكِ أمّا لو أوصَى بإعتاقِ قِنٍّ مُعيَّنٍ بعدَ موته فالملكُ فيه للوارِثِ إلى عتقِه قطعًا كما قالاه فالكسبُ وبَدَلُه لو قُتلَ له، والنّفَقة عليه كما اقتضاه كلامُهما وصُحّحَ في البحرِ أنّ الكسبَ له؛ لأنّه استَحَقَّ العتقَ استحْقاقًا مُستَقِرًّا لا يسقُطُ بوجهٍ، والأوّلُ أوجَه ولو نَظَرْنا لِما عُلِّلَ به لَما أوجَبنا النّفَقة عليه ولا يُقالُ هو مُقصِّرٌ بتأخيرِ الإعتاقِ؛ لأنّه قد يُفوِّضُ لِغيرِه كالوصيّ، ومثلُه ما لو أوصَى بوَقْفِ شيءٍ فتأخَّرَ وقفُه فعلى الأوّلِ هو للوارِثِ وبه أفتى جَماعةٌ واعتمده الأذرَعيُّ وغيرُه وعلى الثاني هو للموقوفِ عليهم وبه أفتى بعضُهم وكلامُ الجواهرِ يَميلُ إليه ورجحه بعضُ المُحقِّقين وبحث الزّركشيُّ أنّه لو أوصَى بشراءِ عَقارٍ بثُلُثِه ووَقَفَه على زَيْدٍ وعمرٍو وثُمَّ على الفُقَراءِ فمات أحدُهما قبلَ وقفِه لم يَبْطُلْ في نصفِ الميِّت بل ينتَقِلُ للفُقَراءِ وفارَقَ الوقفَ على هذينِ، ثمّ الفُقَراءِ فإنّ أحدَهما إذا مات انتقَلَ نصيبُه للآخرِ بأنّه هنا مات بعدَ الاستحْقاقِ وثَمَّ قبله فكأنّه لم يوجَدْ، ومن ثَمَّ لو وقَفَ على زَيْدٍ وعمرٍو فبانَ أحدُهما مَيِّتًا كان الكلُّ للآخرِ كما قاله الخفّافُ وغيرُه.

(تنبيهٌ) الوجه في أوصَيْت له برَقَبَته أنّه ليس كما لو أوصَى بإعتاقِه لاقتضاءِ الأولى أنّه مَلَّكه رَقَبَته كما مَرَّ بخلافِ الثانيةِ كما تقرّر، وحينئذٍ فلو كان غيرَ مُتأهِّلٍ للقَبولِ في الأولى لِسَفَهٍ أو جُنونٍ وُقِفَ كسبُه وإنْفاقُه إلى قبولِه نظيرَ ما مَرَّ في وصيّةِ التّمَلُّكِ ولا يُنْظَرُ لِتَضرُّرِ الورثةِ لِكونِ إفاقة المجنونِ غيرَ مُنْتَظَرةٍ؛ لأنّ تعلُّقَ حَقِّ الوصيّةِ به أوجَبَ الاحتياطَ له، وهو لا يحصُلُ إلا بالوقفِ فيستَكْسِبُه القاضي ويُنْفِقُ عليه إلى تأهُّلِه.

فصل في أحكامٍ لفظيّةٍ للموصَى به وله

إذا (أوصَى بشاةٍ) وأطلقَ (تَناوَلَ) لفظُه (صَغيرةَ الجُثّةِ وكبيرَتَها سليمةً ومَعيبةً) وكونُ الإطلاقِ يقتضي السّلامةَ إنّما هو في غيرِ ما أُنيطَ بمحضِ اللّفْظِ كالبيعِ والكفّارةِ دون الوصيّةِ، ومن ثَمَّ لو قال: اشتَروا له شاةً أو عبدًا تعيَّنَ السّليمُ؛ لأنّ إطلاقَ الأمرِ بالشّراءِ يقتضيه كما في التوكيلِ به (ضَأنًا ومعزًا) وإنْ كان عُرْفُ الموصي اختصاصَها بالضّأنِ؛ لأنّه عُرْفٌ خاصٌّ وهو لا يُعارِضُ اللُّغةَ ولا العُرْفَ العامَّ، وخرج بهما نحوُ أرنَبٍ وظَبْيٍ ونَعامٍ وحُمُرِ وحْشٍ وبَقَرِه وزَعْمُ ابنِ عُصْفورٍ إطلاقَها على هذه كلِّها ضعيفٌ بل شاذٌّ نعم، لو قال شاةً من شياهي، وليس له إلا ظِباءٌ أُعطيَ ظَبْيَةً (وكذا ذكرٌ) وخُنثَى (في الأصحِّ)؛ لأنّها اسمُ جنسٍ كالإنسانِ وتاؤُها للوحدةِ ونوزِعَ فيه بأنّه في الأُمِّ نصَّ على أنّها لا تَشْمَلُه للعُرْفِ قال السُّبْكيُّ وهو أعرَفُ باللُّغةِ فلم يخرُجْ عنها إلا لِعُرْفٍ مُطَّرِدٍ فإنْ صَحَّ عُرْفٌ بخلافِه اتُّبِعَ اهـ.

لا سَخْلةٌ وعَناقٌ في الأصَحِّ، ولو قال أعْطوه شاةً من غَنَمي ولا غَنَمَ له لَغَتْ، وإنْ قال من مالي اشْتُرِيَتْ له، والجمَلُ والنّاقةُ ....

وقد يُؤخَذُ منه الجوابُ بأنّ الأكثرين لم يخرُجوا عَمّا قاله إلا ؛ لأنّه ثَبَتَ عندَهم أنّ العُرْفَ لم يُثبِت اطِّرادَه بخلافِ اللُّغةِ فمَآلُ الخلافِ إلى أنّ العُرْفَ العامَّ هنا هل خالف اللُّغةَ أو لا ومقتضى ترجيحِ الشيخينِ كالأكثرين لِلدُّخولِ أنّه لم يُخالِفْها، ويُؤَيِّدُه قولُ الرّافِعيِّ ورُبَّما أفْهَمَك كلامُهم تَوَسُّطًا وهو تنزيلُ النّصِّ على ما إذا عَمَّ العُرْفُ باستعمالِ البعيرِ بمعنى الجمَلِ، والعمَلُ بقضيّةِ اللُّغةِ إذا لم يَعُمَّ قال الزّركشيُّ، وينبغي مَجيئُه في تَناوُلِ الشّاةِ لِلذَّكرِ ا هـ.

وهذا كلُّه صريحٌ فيما ذكرْته من أنّ مأخذَ الخلافِ في تَناوُلِ الذّكرِ الخلافُ في العُرْفِ العامِّ هل خالف اللُّغةَ أو لا، ويُؤَيِّدُه ما يأتي أنّ العُرْفَ العامَّ مُقَدَّمٌ على اللُّغةِ في الدّابّةِ فتقديمُه عليها حيثُ اتُّفِقَ على وجودِه لا نِزاعَ فيه يُعْتَدُّ به وتقديمُها عليه حيثُ اخْتُلِفَ في وجودِه هو الأصحُّ ومَحَلُّ الخلافِ حيثُ لم يأت بمُخَصِّصٍ ففي شاةٍ يُنْزيها يَتعيَّنُ الذّكرُ الصّالِحُ لِذلك ويُنْزي عليها أو ينتَفِعُ بدَرِّها أو نَسلِها تَتعيَّنُ الأنثى الصّالِحةُ لِذلك، ويُنْتَفَعُ بصوفِها يَتعيَّنُ ضَأنٌ، وشَعْرِها يَتعيَّنُ معزٌ (لا سخلةٌ) وهي الذّكرُ أو الأنثى من ولَدِ الضّأنِ والمعزِ ما لم يَبْلُغْ سنةً (وعَناقٌ) وهي أنثى المعزِ ما لم تبلُغْ سنةً والجدْيُ ذكرُه وهو مثلُها بالأولى وذِكْرُهما في كلامِهم مع دخولِهما في السّخْلةِ للإيضاحِ (في الأصحِّ) لِتَمَيُّزِ كلٍّ باسمٍ خاصٍّ فلم يشمَلْهما في العُرْفِ العامِّ لفظُ الشّاةِ.

(ولو قال أعطوه شاةً من غَنَمي) بعدَ موتي (ولا غَنَمَ له) عندَ الموت (لَغَتْ) هذه الوصيّةُ وإنْ كان له ظِباءٌ لِعدمِ ما تَتعلَّقُ به، والظِّباءُ إنّما تُسَمَّى شياهَ البرِّ لا غَنَمَه وبه فارَقَ ما مَرَّ، وتَوَهَّمَ شارِحٌ أنّ من شياهي كمن غَنَمي وليس في مَحَلِّه أمّا إذا كانت له عندَ موته فيُعْطَى واحدةً منها فإنْ لم يكن له إلا واحدةٌ أُعْطيَها ولو كان له نصفٌ مثلًا من واحدةٍ ونصفٌ من أخرى فهل يُعْطَى الجُزْأينِ ؛ لأنّ مجموعَهما شاةٌ، واللّفْظُ يجبُ تصحيحُه ما أمكنَ أو لا يُعْطَى ذلك ؛ لأنّ الشّاةَ إذا أُطْلِقت لا تَتناوَلُ إلا الكامِلةَ دون المُلَفَّقة؟ كلٌّ مُحْتَمَلٌ، ويأتي ذلك فيما لو حَلَفَ أنْ لا شاةَ له وله نصفانِ وقضيّةُ تعليلِهم دخولَ المعيبةِ بقولِهم وكونُ الإطلاقِ إلى آخِرِه رُبَّما يُؤَيِّدُ الأوّلَ، ثمّ يُحْتَمَلُ أنّ مَحَلَّ هذا التّرَدُّدِ ما لم يُقاسِمِ الوارِثُ الشّريك، ويحصُلْ بالقِسمةِ كامِلةً وإلا أُعْطيَها ويُحْتَمَلُ خلافُه ؛ لأنّ العبرةَ في الوصيّةِ بحالةِ الموت ولم يحصُلْ شاةٌ كامِلةٌ عندَه (وإنْ قال) أعطوه شاةً (من مالي) ولا غَنَمَ له كما بأصلِه أي عندَ الموت (اشتُرِيَتْ له شاةٌ) ولو مَعيبةً أو وله غَنَمٌ أُعْطِيَ واحدةً ولو على غيرِ صِفة غَنَمِه كمّا لو لم يَقُلْ من مالي ولا من غَنَمي، (والجمَلُ والنّاقةُ) قال أهلُ اللُّغةِ إنّما يُقالُ جَمَلٌ وناقة إذا أربَعا فأمّا قبلَ ذلك فقعودٌ وقَلوصٌ وبِكْرٌ ا هـ.

وحينئذٍ فهل تُعْتَبَرُ هذه الأسماءُ ولا يتناوَلُ أحدُها الآخرَ عَمَلًا باللُّغةِ أو ما عدا الفصيلَ الذّكرَ يشمَلُه الجمَلُ، والأنثى تَشْمَلُه النّاقة لِلنّظَرِ فيه مَجالٌ والذي يُتَّجه أخذًا مِمّا مَرَّ وسأذكُره أنّه إنْ عُرِف

يَتَناوَلانِ البخاتيَّ والعِرابَ لا أَحَدُهما الآخَرَ، والأَصَحُّ تَناوُلُ بَعيرٍ ناقةً لا بَقَرةٍ ثَوْرًا والثَّوْرُ لِلذَّكَرِ.

عُرْفٌ عامٌّ بخلافِ اللُّغةِ عُمِلَ به وإلا فيها واقتضاءُ كلامِ غيرِ واحدٍ من الشُّرّاحِ وغيرِهم الثانيَ أعني ما عدا الفصيلَ في إطلاقِه نَظَرٌ ظاهرٌ (يتناولانِ البخاتيَّ) بتَشْديدِ الياءِ وتخفيفِها (والعِرابَ) السَّليمَ والصَّغيرَ وضِدَّهما لِصِدْقِ الاسمِ عليهما (لا أحدُهما الآخرَ) فلا يتناوَلُ الجمَلُ النّاقة وعكسُه لاختصاصِه بالذَّكرِ وهي بالأنثى فمن ثَمَّ لم تَتَناوَل البعيرَ قال الزّركشيُّ والظّاهرُ الجزمُ به (والأصحُّ تَناوُلُ بَعيرٍ ناقة) وغيرَها من نظيرِ ما مَرَّ في الشّاةِ؛ لأنّه اسمُ جنسٍ ومن ثَمَّ سُمِعَ حَلَبَ بَعيرَه إلا الفصيلَ وهو ولَدُ النّاقة إذا فُصِلَ عنها (لا) بَغْلةٌ ذكرًا ولا (بقرةٌ ثَوْرًا) بالمُثلَّثةِ ولا عِجْلةٌ وهي ما لم تبلُغْ سنةً للعُرْفِ العامِّ وإن اتَّفَقَ أهلُ اللُّغةِ على إطلاقِها عليه؛ لأنّه لم يشتَهِرْ عُرْفًا (والثوْرُ) أو الكلْبُ أو الحِمارُ أو البغْلُ مَصْروفٌ (لِلذَّكرِ) فقط لِذلك وزعم بعضُ اللُّغَويّين في نحوِ الحِمارِ والجمَلِ والبغْلِ أنّه يُطْلَقُ عليهما شاذٌّ أو خَفيٌّ وإنْ بُنيَ على ذلك أنّه لو حَلَفَ لا يركبُ بَغْلًا أو بَغْلةً حَنِثَ في كلٍّ بهما، وأنّ بَغْلَتَه ﷺ الشّهْباءَ المُسَمّاةَ بالدُّلْدُلِ الباقيةَ إلى زَمَنِ مُعاويةَ أنثى كما أجابَ به ابنُ الصّلاحِ أو ذكرٌ كما نُقِلَ عن إجماعِ أهلِ الحديثِ، ويَدُلُّ له قولُه ﷺ «ابرُكْ دُلْدُلُ»[1] ولم يَقُلِ ابرُكي وأنّ نَمْلَةَ سُليمانَ أنثى أو ذكرٌ، وزُعِمَ أنّ تاءَ قالتْ تَدُلُّ على التّأنيثِ رَدَّه أبو حَنيفة ونُقِلَ أنّه القائِلُ به ووجه الرّدِّ أنّه تأنيثٌ لفظيٌّ كتاءِ جَرادةٍ وشاةٍ وفي القاموسِ الفرَسُ الذّكرُ والأنثى وهو فرَسةٌ وقضيّةُ فرَسةٍ أنّ الفرَسَ في كلامِ الموصي لِلذّكرِ؛ لأنّهم عَلَّلوا اختصاصَ نحوِ الحِمارِ بالذّكرِ بأنّه يُفَرَّقُ بينه وبين الأنثى بالتّاءِ، ويُحْتَمَلُ أنّه لهما فيتخيَّرُ الوارِثُ ويوجَّه بأنّ نحوَ حِمارةٍ مَشْهورٌ فاقتضى حَذْفَ التّاءِ اختصاصُ محذوفِها بالذّكرِ ولا كذلك الفرَسُ.

وهذا أقرَبُ ولا يتناوَلُ البقَرُ جاموسًا وعكسُه على ما قاله جمعٌ للعُرْفِ أيضًا فلا يُنافيه تَكْميلُ نِصابِها بها ولا عَدُّهما في الرِّبا جنسًا واحدًا لكن بحث الشيخانِ تَناوُلها لها ولا بقر وحْشٍ نعم، إنْ قال من بَقَري وليس له إلا بَقَرُ وحْشٍ دخل كالجواميسِ على الأوّلِ، وإنّما حَنِثَ مَنْ حَلَفَ لا يأكلُ لَحْمَ بَقَرٍ بأكلِه لَحْمَ بَقَرٍ وحْشيٍّ؛ لأنّ ما هنا مَبنيٌّ على العُرْفِ وما هناك إنّما ينبني عليه إذا لم يَضْطَرِبْ وهو في ذلك مُضْطَرِبٌ كذا ذكرَه شيخُنا في شرحِ الروضِ وهو عجيبٌ إذْ قضيّتُه بل صريحُه تقديمُ العُرْفِ هنا على اللُّغةِ، وإن اضْطَرَبَ وهو بَعيدٌ جدًّا؛ لأنّ معنى اضْطِرابه اختلافُه باختلافِ النّواحي فأيٌّ مُقَدَّمٌ منها ورِعايةُ عُرْفِ الموصي يلزمُه بإطلاقِه مُنافاةٌ لأكثرِ كلامِهم، والذي يُتَّجه في الفرقِ كما يُعْلَمُ مِمّا هنا وثَمَّ أنّ اللُّغةَ ثَمَّ مُقَدَّمةٌ على العُرْفِ إن اشتَهَرَتْ وإلا فالعُرْفُ المُطَّرِدُ فالخاصُّ بعُرْفِ الحالِفِ وهي في البقَرِ مُشْتَهِرةٌ بشُمولِه لِبَقَرِ الوحْشِ فعُمِلَ بها ثَمَّ، وأمّا هنا فالعُرْفُ العامُّ مُقَدَّمٌ عليها وإن اشتُهِرَتْ وهو قاضٍ بتخصيصِ البقَرِ بالأهليِّ فعُمِلَ به هنا فإن انتفَى العُرْفُ

---

(١) لم أقف عليه مسندًا.

والمذْهَبُ حَملُ الدّابّةِ على فَرَسٍ وبَغْلٍ وحِمارٍ. وَيَتناوَلُ الرّقيقُ صَغيرًا وأُنْثى ومَعيبًا وكافِرًا وعُكوسَها وقيلَ: إنْ أوصَى بِإعْتاقِ عبدٍ وجَبَ المُجْزِئُ كَفَارةً.
ولو أوصَى بأحَدِ رَقيقِه فَماتوا أو قُتِلوا قبلَ مَوْتِه بَطَلَتْ، ....

العامُّ فاللُّغةُ ما أمكنَ فالخاصُّ ببَلَدِ الموصي فاجتهادُ الوصيِّ فالحاكِم فيما يظهرُ فتأمّلْه، ويُفَرَّقُ بين البابَين بأنّ الأمرَ هنا مَنوطٌ بغيرِ الموصي من الورثةِ والموصَى له فنَظَرْنا إلى ما يَتعارَفونَه ليكون حُجّةً على أحدِ الفريقَين للفَريقِ الآخرِ، وثَمَّ مَنوطٌ بالحالِفِ فيما بينه وبين نفسِه فأُمِرْنا بالنّظَرِ لِما هو الأصلُ وهو اللُّغةُ والحاصِلُ أنّ التّنازُعَ هنا أوجَبَ تقديمَ العُرْفِ العامِّ؛ لأنّه القاطِعُ له بواسِطةِ أنّه يَغلِبُ على الظّنِّ أنّ الموصيَ أرادَه، وعدمُ التّنازُعِ ثَمَّ أوجَبَ الرُّجوعَ للأصلِ؛ لأنّه لم يُعارِضْه شيءٌ، ثمّ بُعْدُ العُرْفِ العامِّ هنا واللُّغةِ ثَمَّ ألحَقوا بكلٍّ ما يُناسِبُه من المراتبِ المذكورةِ.

(والمذهبُ حملُ الدّابّةِ) وهي لُغةً كلُّ ما يَدِبُّ على الأرضِ (على فرَسٍ وبَغْلٍ وحِمارٍ) أهليٍّ وإنْ لم يُمْكِنْ رُكوبُها خلافًا لِما في التّتمّةِ فيُعْطَى أحدُها في كلِّ بَلَدٍ عَمَلًا بالعُرْفِ العامِّ وزَعْمُ خُصوصِه بأهلِ مِصْرَ ممنوعٌ كزَعْمِ أنّ عُرْفَهم يَخُصُّها بالفرَسِ كالعِراقِ بخلافِ سائرِ البِلادِ، ويَتعيَّنُ أحدُها إنْ لم يكن له عندَ الموتِ غيرُه أو إنْ ذُكِرَ مُخَصِّصُه كالكرِّ والفرِّ أو القِتالِ للفَرَسِ وأُلْحِقَ بها إذا قال ذلك قيلَ اعْتيدَ القِتالُ عليه وكالحملِ للأخيرَين وحينئذٍ لا يُعْطَى إلا صالِحًا له أخذًا مِمّا مَرَّ فإن اعْتيدَ على البراذينِ أو البقَرِ أو الجِمالِ دخلتْ على نِزاعٍ فيه فيُعْطَى أحدَها ولو لم يكن له عندَ موته واحدٌ من الثلاثِ بَطَلَتْ وبحث البُلْقينيُّ والأذرَعيُّ وسبَقَهما إليه صاحِبُ البيانِ الصِّحّةَ ويُعْطَى من غيرِها إنْ كان له نَعَمٌ أو غيرُها لِتعيُّنِ المجازِ بتعيُّنِ الواقعِ كما لو وقَفَ على أولادِه، وليس له إلا أولادُ ولَدٍ وكما لو قال من شياهي وليس له إلا ظِباءٌ.

(ويتناوَلُ الرّقيقُ صَغيرًا وأنثى ومَعيبًا وكافِرًا وعُكوسَها) وخُنثَى لِصِدْقِ الاسم نعم، إنْ خَصَّصَه تَخَصَّصَ نظيرَ ما مَرَّ، ففي يُقاتلُ معه أو يخدُمُه في السّفَرِ يَتعيَّنُ الذّكرُ وكونُه في الأولى سليمًا من نحوِ عَمًى وزَمانةٍ ولو غيرَ بالِغٍ وفي الثانيةِ سليمًا مِمّا يمنعُ الخِدْمةَ عُرْفًا، ويحضُنُ ولَدَه تَتعيَّنُ الأنثى ويظهرُ في يتمَتَّعُ به تعيُّنُ الأنثى السّليمةِ من مُثْبِت خيارِ النّكاحِ.

(فرع) بحث بعضُهم في الوصيّةِ بطَعامٍ أنّه يُحمَلُ على عُرْفِهم دون عُرْفِ الشرعِ المذكورِ في الرِّبا والوكالةِ، ويوَجَّه بأنّ هذا لم يشتَهِرْ فيَبْعُدُ قصْدُه ويوافِقُه إفتاءُ جمعٍ يَمَنيّين فيمَنْ أوصَى بغَنَمٍ وحَبٍّ لِمَنْ يقرَءون عليه بإجراءِ ذلك على عادَتِهم المُطَّرِدةِ به في عُرْفِ الموصي (وقيلَ إنْ أوصَى بإعتاقِ عبدٍ) أو أمةٍ تَطَوُّعًا (وجَبَ المُجزِئُ كفارةً)؛ لأنّه المعروفُ في الإعتاقِ أو يُرَدُّ بأنّ المعروفَ في الوصيّةِ عدمُ التقييدِ بذلك فقُدِّمَ وكفّارةً ضَبَطَه بخطِّه بالنّصْبِ وهو إمّا على نَزْعِ الخافِضِ وإنْ كان شاذًّا أو حالٌ أو تمييزٌ أو مفعولٌ لأجلِه مُرادًا به التّكفيرُ لا به لِفَسادِ المعنى، (ولو أوصَى بأحدِ رَقيقِه) مُبْهَمًا (فماتوا أو قُتلوا قبلَ موته) ولو قتلًا مُضَمَّنًا أو أعتقَهم أو باعَهم مثلًا (بَطَلَتْ) الوصيّةُ إذْ لا رَقيقَ

وإنْ بَقيَ واحِدٌ تعَيَّنَ، أو بإعْتاقِ رِقابٍ فَثلاثٌ، فإنْ عَجزَ ثُلثُه عنهُنّ فالمذْهَبُ أنّه لا يُشْتَرى شِقْصٌ بل نفيسَتانِ، فإنْ فَضَلَ عن أنْفُسِ رَقَبَتَيْنِ شَيْءٌ فَللوَرَثةِ، ....

له عندَ الموت، ويُفَرَّقُ بين هذا وبين ما مَرَّ في الحملِ واللّبَنِ إذا تَلِفا تَلَفًا مُضمَّنًا فإنّ الوصيّةَ في بَدَلِهما بأنّ الوصيّةَ ثَمَّ بمُعَيَّنٍ شَخْصيٍّ فتَناوَلَتْ بَدَلَه وهنا بمُبْهَمٍ وهو لا بَدَلَ له فاشتُرِطَ وجودُ ما يَصْدُقُ عليه عندَ الموت، وحينئذٍ يكونُ بَدَلُه مثله لِتَيَقُّنِ شُمولِ الوَصيّةِ له حينئذٍ بخلافِ التّالِفِ قبله فإنّه لم يتحقَّقْ شُمولُها له.

(وإنْ بَقيَ واحدٌ تعيَّنَ) للوَصيّةِ لِصِدْقِ الاسمِ فليس للوارِثِ إمساكُه ودَفْعُ قيمةِ مقتولٍ أمّا إذا قُتِلوا بعدَ الموت قتلًا مُضمَّنًا فيَصْرِفُ الوارِثُ قيمةَ مَنْ شاءَ منهم أو مُضمَّنًا وغيرَه فله تعيينُ الغيرِ للوَصيّةِ هذا كلُّه إنْ قُيِّدَ بالموجودين وإلا أعطَى واحدًا من الموجودين عندَ الموت وإنْ تَجَدَّدَ بعدَ الوصيّةِ (أو) أوصَى (بإعتاقِ رِقابٍ) بأنْ قال أعتقوا عَنّي بثُلُثي رِقابًا أو اشترَوا بثُلُثي رِقابًا وأعتقوهم (فثلاثٌ) من الرِّقابِ يَتعيَّنُ شراؤُها إنْ لم تكن بمالِه وعتقُها عنه؛ لأنّها أقَلُّ مُسَمَّى الجمعِ أي على الأصحِّ الموافِقِ للعُرْفِ المُشْتَهِرِ فلا عبرةَ باعتقادِ الموصي أنّ أقَلَّه اثنانِ كما هو ظاهرٌ ومعنى تعيُّنِها عدمُ جوازِ النّقْصِ عنها لا مَنْعُ الزّيادةِ عليها بل هي أفْضَلُ فقد قال الشافعيُّ رضي الله عنه الاستكْثارُ مع الاسترْخاصِ أولى من الاستقلالِ مع الاستغْلاءِ عكسُ الأُضحيّةِ ولو صَرَفَه لِثِنْتَين مع إمكانِ الثالثةِ ضَمِنَها بأقَلِّ ما يَجِدُ به رَقَبةً ولو فضَلَ عن أنْفُسِ ثلاثٍ ما لا يأتي برَقَبةٍ كامِلةٍ فهو للورثةِ نظيرَ ما يأتي (فإنْ عَجزَ ثُلُثُه عنهُنّ فالمذهبُ أنّه لا يُشترى شِقْصٌ) مع رَقَبَتَين؛ لأنّ ذلك لا يُسَمَّى رِقابًا (بل يُشترى) نفيسةٌ أو (نَفيسَتانِ به) أي الثُّلُثِ وقضيّةُ قولِه نفيسَتانِ أنّه حيثُ وجدهما تعيَّنَ شراؤُهما وإنْ وجد رَقَبةً أنْفَسَ منهما وله وجهٌ؛ لأنّ التّعَدُّدَ أقرَبُ لِغَرَضِ الموصي فحيثُ أمكنَ تعيَّنَ وليست الأنفسيّةُ غَرَضًا مُستقِلًّا حتى تُرجح على العددِ، ويُحتَمَلُ أنّه يتخَيَّرُ؛ لأنّ في كلٍّ غَرَضًا (فإنْ فضَلَ) من الموصَى به (عن أنفَسِ) رَقَبةٍ أو (رَقَبَتَين شيءٌ فللورثةِ) وتبطُلُ الوصيّةُ فيه ولا يُشترى شِقْصٌ وإنْ كان باقيه حُرًّا على الأوجَه؛ لأنّه لا يُسَمَّى رَقَبةً.

(تنبيهٌ) تصويرُ المتنِ بأعتقوا عَنّي بثُلُثي رِقابًا هو ما في الروضةِ وغيرِها، وظاهرُ المتنِ أنّه لا يُحتاجُ إليه ولا تَخالُفَ؛ لأنّ الثلاثَ حيثُ وسِعَها الثُّلُثُ واجبةٌ فيهما، وأمّا الزّائِدُ ففي الأولى يجبُ إلى استكْمالِ الثُّلُثِ وفي الثانيةِ لا يجبُ، وقولُه فإنْ عَجزَ ثُلُثُه عنهُنّ يأتي في كلٍّ منهما؛ لأنّه إذا صرّح بالثُّلُثِ وعَجزَ ثُلُثُه عن ثلاثٍ لم يشترِ الشِّقْصَ كما لو لم يُصَرِّحْ به ولو أوصَى أنْ يشتَرِيَ له عَشَرةَ أقفِزةِ حِنْطةٍ جَيِّدةٍ بمِائَتَيْ دِرْهَم، ويتصَدَّقُ بها وكان ثمنُها مِائةً فأوجَه رَجَحَ رَدُّ المِائةِ الزّائِدةِ للورثةِ أي أخذًا مِمّا هنا لَكِنّ الفرقَ واضِحٌ؛ لأنّ المدارَ هنا على اسمِ الرّقَبةِ ولم توجَدْ كما تقرّر وثَمَّ على برِّ الفُقَراءِ وهو مقتضٍ لِصَرْفِ المِائةِ في شراءِ حِنْطةٍ بهذا السِّعْرِ والتّصَدُّقِ بها كما هو وجهٌ آخرُ يظهرُ ترجيحُه وهل المُرادُ الأنفَسُ باعتبارِ مَحَلِّ الموصي أو الوصيِّ أو الورثةِ وقتَ الموت أو إرادةِ

ولو قال ثُلُثي للعِتْقِ اشْتُرِيَ شِقْصٌ. ولو وصَّى لِحَملِها فأتَتْ بوَلَدَيْنِ فَلهما، أو بحَيٍّ ومَيِّتٍ فَكُلُّه للحَيِّ في الأَصَحِّ، ولو قال إنْ كان حَملُكِ ذَكَرًا أو قال أُنْثَى فَلَه كَذا فَوَلَدَتْهما لَغَتْ، ولو قال إنْ كان ببَطْنِها ذَكَرٌ فَوَلَدَتْهما استَحَقَّ الذَّكَرُ أو وَلَدَتْ ذَكَرَيْنِ فالأَصَحُّ صِحَّتُها ويُعْطيه الوارِثُ ....

الشِّراءِ، وهل يُنْتَظَرُ وجودُ الأنفُسِ ولو رَجا وعليه فما ضابِطُ الرّجاءِ؟ لم أرَ في ذلك شيئًا، ويظهرُ اعتبارُ مَحَلِّ الموصي عندَ تَيَسُّرِ الشِّراءِ من مالِ الوصيّةِ.

(ولو قال ثُلُثي للعتقِ اشتُريَ شِقْصٌ) أي جازَ ذلك وإنْ قدرَ على الكامِلِ خلافًا لِجمعٍ من شُرّاحِ الحاوي وغيرِهم لِصِدْقِ اللّفظِ به لَكِنّ الكامِلَ أولى.

(فرع): قال لِغيرِه أعتق عَنّي عتقًا بمِائةِ دينارٍ فالمُتَبادَرُ منه على ما قاله بعضُهم الرّقَبةُ الكامِلةُ فتَتعيَّنُ؛ لأنّ التّبْعيضَ يُؤَدّي إلى السِّرايةِ على الآمِرِ ما لم يَقُلْ بعدَ موتي فلا تَتعيَّنُ وإذا اشتراها بثمانين وهي تُساوي المِائةَ صَحَّ وأعتقَها عنه وصُرِفَ الزّائِدُ للعتقِ لا للوارِثِ، ولو أوصَى بثُلُثِه وقال يُصْرَفُ منه كذا فصَرَفَ وبَقِيَ منه فضْلةٌ فالأوجَه أنّها للمَساكينِ لِما مَرَّ أنّه لا يُشْتَرَطُ في الوصيّةِ بَيانُ المصْرِفِ؛ لأنّ غالِبَها لهم، وليس كمَنْ أوصَى بعتقِ رَقَبةٍ فلم يَفِ ثُلُثُه بأدْنَى رَقَبةٍ رُدَّ للورثةِ خلافًا لِمَنْ زعم أنّه مثلُه، ويُفَرَّقُ بأنّه عَيَّنَ هنا جِهةً مخصوصةً وقد تعذَّرَتْ وفي مسألَتنا لم يُعَيِّنْ للفاضِلِ جِهةً فحُمِلَ على الغالِبِ المُتَبادَرِ ولو زاد فيها لِلّه صُرِفَ الفاضِلُ لِوجوه القُرَبِ.

(ولو أوصَى لِحملِها) بكذا (فأتَتْ بولدين) حَيَّين مَعًا أو مُرَتَّبًا وبينهما أقَلُّ من ستّةِ أشهرٍ (فلَهما) الموصَى به بالسّويّةِ بينهما الأنثى كالذّكرِ، وكذا لو أتَتْ بأكثرَ؛ لأنّه مُفْرَدٌ مُضافٌ فيَعُمُّ (أو) أتَتْ (بحَيٍّ ومَيِّتٍ فكلُّه للحَيِّ في الأصحِّ)؛ لأنّ الميِّتَ كالمعدوم (ولو قال إنْ كان حملُك ذكرًا) أو غلامًا فله كذا (أو قال) إنْ كان حملُك (أنثى فله كذا فولدتْهما) أي الذّكرَ والأنثى (لَغَتْ) الوصيّةُ لِشرطِه صِفةَ الذُّكورةِ أو الأُنوثةِ في جُمْلةِ الحملِ، ولو تَحَصَّلَ ولو ولَدَتْ ذكرَين فأكثرَ أو أنثيين فأكثرَ قُسِمَ بينهما أو بينهم أو بينهُنّ بالسّويّةِ وفي إنْ كان حملُها ابنًا أو بنتًا فله كذا لا يستَحِقُّ إلا المُنْفَرِدُ وفارَقَ الذّكرَ والأنثى بأنّهما اسما جنسٍ يقعانِ على القليلِ والكثيرِ بخلافِ الابنِ والبنت، ووجه قولِ المُصَنِّفِ رَدًّا على الرّافِعيّ أنّه واضِحٌ أنّ المدارَ في الوصايا على المُتَبادَرِ غالِبًا، وهو من كلِّ ما ذُكِرَ فيه فاتَّضَحَ الفرقُ (ولو قال إنْ كان ببَطْنِها ذكرٌ فله كذا فولدتْهما) أي الذّكرَ والأنثى (استَحَقَّ الذّكرُ)؛ لأنّ الصّيغةَ ليستْ حاصِرةً للحملِ فيه (أو ولَدَتْ ذكرَين فالأصحُّ صحّتُها)؛ لأنّه لم يحصُر الحملَ في واحِدٍ، وإنّما حَصَرَ الوصيّةَ فيه (ويُعطيه الوارِثُ) إنْ لم يكن وصيٌّ وإلا فهو كما هو ظاهرٌ من كلامِهم ولا يُعارِضُه ما قدَّمْته في تنبيهٍ في شرحِ قولِه أُعطيَ أحدَها أي الكِلابِ؛ لأنّ ذاك فيما قد يُتَصَوَّرُ فيه ضَرَرٌ على الوارِثِ لو فوِّضَ الأمرُ للوَصيِّ.

وهذا لا يُتَصَوَّرُ فيه ذلك؛ لأنّ الموصَى به مُعَيَّنٌ بشَخْصِه، وإنّما التّخْييرُ في المُعْطَى له ففوِّضَ

مَنْ شاءَ منهما. ولو وصَّى لِجيرانِه فَلأربَعينَ دارًا من كُلِّ جانِبٍ.

للوَصيِّ؛ لأنّ الميِّتَ أقامَه فيما لا ضَرَرَ فيه على الوارِثِ مَقامَ نفسِه، ويُقاسُ بكلٍّ من الطّرَفَين ما في معناه (مَنْ شاءَ منهما) ولا يُشْرَكُ بينهما لاقتضاءِ التنكيرِ هنا التوحيدَ بخلافِه فيما مَرَّ في إنْ كان حملُك؛ لأنّ قرينةَ جَعْلِه صِفة الذُّكورةِ مثلًا لِجُمْلةِ الحملِ يقتضي عدمَ الوحدةِ فعُمِلَ في كلٍّ بما يُناسِبُه أو إنْ ولَدَتْ ذكرًا فله مِائةٌ أو أنثى فلها خمسون فولدتْ خُنثَى دُفِعَ له الأقَلُّ ووُقِفَ الباقي، وقضيّةُ كلامِهم هنا أنّه لو أوصَى لِمحمّدِ بنِ بنته وله بنتانِ لِكلٍّ ابنٌ اسمُه محمّدٌ أعطاه الوصيُّ، ثمّ الوارِثُ مَنْ شاءَ منهما، وبَحْثُ بعضِهم أنّه يوقَفُ حتى يَصْطَلِحا؛ لأنّ الموصَى له مُعَيَّنٌ باسمِه العلَمِ لا يُحتَمَلُ إبهامُه إلا في القصْدِ بخلافِه هنا يُمْكِنُ رَدُّه بأنّه لا أثَرَ هنا لهذا التعيينِ النّاشِئِ عن الوضْعِ العلميِّ لِمُساواته بالنّسبةِ إلى جَهْلِنا بعَينِ الموصَى له منهما لِذكرٍ فيما قالوه، وأمّا كونُ هذا مُبهَمًا وضْعًا وذاكَ مُعَيَّنٌ وضْعًا فلا أثَرَ له هنا، ويُمْكِنُ توجيهُه بأنّ عَيْنَ الموصَى له هنا يُمْكِنُ معرِفَتُها بمعرِفة قصْدِ الميِّت وبدعوَى أحدِهما أنّه المُرادُ فينكلُ الآخرُ عن الحلِفِ على أنّه لا يعلَمُه أرادَه فيحلِفُ المُدَّعي ويستَحِقُّ وفيما قالوه لا يُمْكِنُ ذلك وهذا أوجَهُ.

(ولو أوصَى لِجيرانِه) بكسرِ الجيم (فلأربَعين دارًا من كلِّ جانِبٍ) من جوانِبِ دارِه الأربَعةِ حيثُ لا مُلاصِقَ لها فيما عدا أركانها كما هو الغالِبُ أنّ مُلاصِقَ أركانِ كلِّ دارٍ يَعُمُّ جوانِبَها فلِذا عَبَّروا بما ذُكِرَ تُصْرَفُ الوصيّةُ فهي مِائةٌ وسِتّون دارًا لِخبرٍ فيه مُسنَدًا من طُرُقٍ يُفيدُ مجموعُها حُسنَه ومُرْسَلًا من طَريقٍ صحيحٍ ونُظِرَ في التحديدِ بمِائةٍ وسِتّين بما أجَبْت عنه في شرحِ الإرشادِ، ويجبُ استيعابُ المِائةِ والسِّتّين إنْ وفَّى بهم بأنْ يحصُلَ لِكلٍّ أقَلُّ مُتَمَوَّلٍ وإلا قُدِّمَ الأقربُ أمّا المُلاصِقُ لها فيما عدا الأركان الشّامِلَ لِما فوقَها وتحتَها، فيُقَدَّمُ على المُلاصِقِ كمُلاصِقِ أركانِها، ثمّ ما كان أقربُ للمُلاصِقِ فيما يظهرُ في كلِّ ذلك؛ لأنّه أحَقُّ باسمِ الجِوارِ من غيرِه وأقرَبُ إلى غَرَضِ الموصي ومن ثَمَّ لو اتَّسَعَتْ جوانِبُها بحيثُ زاد مُلاصِقُها على مِائةٍ وسِتّين دارًا صُرِفَ للكلِّ فيما يظهرُ أيضًا إنْ وفَّى بهم لِصِدْقِ اسمِ الجِوارِ على الكلِّ صِدْقًا واحدًا من غيرِ مُرجِحٍ، ويُقَسَّمُ المالُ على عددِ الدّورِ، ثمّ ما خَصَّ كلَّ دارٍ على عددِ سُكّانِها أي بحَقٍّ عندَ الموت فيما يظهرُ فيهما وإنْ كانوا كلُّهم في مُؤْنةٍ واحدةٍ كما هو ظاهرٌ سواءٌ في ذلك المسلمُ والغنيُّ والحُرُّ والمُكلَّفُ وضِدُّهم كما شَمِله إطلاقُهم نعم، يظهرُ أنّه لا يدخلُ أحدٌ من ورَثَته وإنْ أُجيزَتْ وصيّتُه أخذًا مِمّا يأتي أنّه لا يوصَى له عادةً وكذا يُقالُ في كلِّ ما يأتي من العُلَماءِ ومَنْ بعدَهم.

ثمّ رأيت نصَّ الشافعيِّ الذي قدَّمْته في مَبْحَثِ الوصيّةِ للوارِثِ وهو صريحٌ في ذلك وظاهرٌ أنّ ما خَصَّ القِنّ لِسيِّدِه والمُبَعَّضَ بينهما بنِسبةِ الرِّقِّ والحُرّيّةِ حيثُ لا مُهاياَةَ وإلا فلِمَنْ وقَعَ الموتُ في نَوْبَته ولو تعدَّدَتْ دارُ الموصي صُرِفَ لِجيرانِ أكثرِهما سُكْنَى فإن استَوَيا فإلى جيرانِهما أي مِائةٍ وسِتّين من كلٍّ أو ثمانين من كلٍّ مَحَلُّ نَظَرٍ، والأوّلُ أقربُ ومَرَّ فيمَنْ أحدُ مسكنَيْه حاضِرُ الحرَمِ

والعُلماءُ أصْحابُ عُلومِ الشّرْعِ من تَفْسيرٍ، وحَديثٍ وفِقْهٍ، لا مُقْرِئٌ وأديبٌ ومُعَبِّرٌ وطَبيبٌ، وكذا مُتَكَلِّمٌ عندَ الأكْثَرِينَ.

تفصيلٌ لا يَبْعُدُ مَجيءُ بعضِه هنا إذْ حاضِرُ الشيءِ وجارُه مُتَقارِبانِ فكما حكم العُرْفُ، ثمّ يُحْكَمُ هنا وبحث الأذرَعيُّ اعتبارَ التي هو بها حالَتَي الوصيّةِ والموت والزّركشيُّ اعتبارَ التي مات بها، وكِلاهما فيه نَظَرٌ كبَحْثِ الزّركشيّ أنّ جارَ المسجِدِ مَنْ سمِعَ النّداءَ لِخبرٍ فيه لِوُضوحِ الفرقِ بين ما هنا وثَمَّ؛ لأنّ المدارَ هنا على العُرْفِ كما تقرّر وذاك على تَحْصيلِ الفضيلةِ من غيرِ مَشَقّة فلا جامِعَ بينهما، (والعُلَماءُ) في الوصيّةِ لهم هم الموصوفون يومَ الموت لا الوصيّةِ كما هو قياسُ ما مَرَّ بأنّهم (أصحابُ عُلومِ الشرعِ من تفسيرٍ) وهو معرِفة معنى كلِّ آيةٍ وما أُريدَ بها نَقْلًا في التوقيفيِّ واستنباطًا في غيرِه ومن ثَمَّ قال الفارِقيُّ لا يُصْرَفُ لِمَنْ علم تفسيرَ القُرآنِ دون أحكامِه؛ لأنّه كناقِلِ الحديثِ (وحديثٍ) وهو علمٌ يُعْرَفُ به حالُ الرّاوي قوّةً وضِدَّها والمرْويِّ صحّةً وضِدَّها وعُلَلَ ذلك ولا عبرةَ بمُجَرَّدِ الحِفْظِ والسّماعِ (وفِقْهٍ) بأنْ يعرِفَ من كلِّ بابٍ طَرَفًا صالِحًا يَهْتَدي به إلى معرِفة باقيه مُدْرَكًا واستنباطًا، وإنْ لم يكن مجتهِدًا خلافًا لِما يوهِمُه بعضُ العبارات عَمَلًا بالعُرْفِ المُطَّرِدِ المحمولِ عليه غالِبُ الوصايا فإنّه حيثُ أُطْلِقَ العالِمُ لا يتبادَرُ منه إلا أحدُ هَؤُلاءِ، ومن ثَمَّ لو أوصَى للفَقيه لم يُشْتَرَطْ فيه ما ذُكِرَ بل مَنْ حَصَّلَ شيئًا من الفِقْه وإنْ قلَّ نظيرُ ما في الوقفِ أي بأنْ يُحَصِّلَ طَرَفًا من كلِّ بابٍ بحيثُ يتأهّلُ لِفَهْمِ باقيه أخذًا من كلام الإحياءِ ويكفي ثلاثةٌ من أصحابِ العُلوم الثلاثةِ أو بعضِها ولو عَيَّنَ عُلَماءَ بَلَدٍ أو فُقَراءَه مثلًا ولا عالِمَ أو لا فقيرَ فيهم يومَ الموت بَطَلَت الوصيّةُ ولو اجتَمعت الثلاثةُ في واحِدٍ أخذَ بأحدِها فقط نظيرَ ما يأتي في قسم الصّدَقات ولو أوصَى لأعْلَمِ النّاسِ اخْتُصَّ بالفُقَهاءِ لِتعلُّقِ الفِقْه بأكثرِ العُلوم والمُتَفَقِّه مَنِ اشتَغَلَ بتَحْصيلِ الفِقْه، وحَصَّلَ شيئًا منه له وقعٌ (لا مُقرِئٌ) وإنْ أحسَنَ طُرُقَ القُرآنِ وأداءَها وضَبَطَ مَعانيَها وأحكامَها (وأديبٌ) وهو مَنْ يعرِفُ العُلومَ العربيّةَ نحوًا وبيانًا وصَرْفًا ولُغةً وشِعْرًا ومُتعلِّقاتها (ومُعَبِّرٌ) للمُرائي النّوميّةِ والأفْصَحُ عابِرٌ من عَبَرَ بالتّخْفيفِ وفي الحديثِ الرُّؤْيا لأوّلِ عابِرٍ (وطَبيبٌ) وهو مَنْ يعرِفُ عَوارِضَ بَدَنِ الإنسانِ صحّةً وضِدَّها وما يحصُلُ أو يُزيلُ كلًّا منهما.

(وكذا مُتَكَلِّمٌ عندَ الأكثرين) وإنْ كان علمُه بالنّظَرِ لِمُتعلِّقِه أفْضَلَ العُلومِ وأُصوليٌّ ماهِرٌ وإنْ كان الفِقْه مَبنيًّا على علمِه؛ لأنّه ليس بفَقيهٍ ومَنْطِقيٌّ وإنْ تَوَقَّفت كمالاتُ العُلومِ على علمِه وصوفيٌّ وإنْ كان التّصَوُّفُ المبنيُّ عليه تَطْهيرُ الباطِنِ والظّاهِرِ من كلِّ خُلُقٍ دَنيءٍ وتَحْليَتُهما بكلِّ كمالٍ دينيٍّ هو أفْضَلُ العُلومُ لِما مَرَّ من العُرْفِ ولو أوصَى للقُرّاءِ لم يُعْطَ إلا مَنْ يحفَظُ كلَّ القُرآنِ عن ظهرِ قلْبٍ أو لأجهَلِ النّاسِ صُرِفَ لِعُبّادِ الوثَنِ فإنْ قال من المسلمين فمَنْ يَسُبُّ الصّحابةَ واستُشْكِلَتْ صحّةُ الوصيّةِ بأنّها معصيةٌ وهي في الجِهةِ مُبْطَلَةٌ، ويُجابُ بأنّ الضّارَّ ذِكْرُ المعصيةِ لا ما قد يستَلْزِمُها أو يُقارِنُها كما هنا ومن ثَمَّ ينبغي بل يَتعيَّنُ بُطْلانُها لو قال لِمَنْ يعبُدُ الوثَنَ أو يَسُبُّ الصّحابةَ وقَبولُ

وَيَدْخُلُ في وصيّةِ الفُقَراءِ المساكينُ وعَكْسُه، ولو جَمعهما شُرِّكَ نِصْفَيْنِ، وأَقَلُّ كُلِّ صِنْفٍ ثَلاثَةٌ، وله التَّفْضيلُ، أو لِزَيْدٍ والفُقَراءِ فالمذْهَبُ أنّه كأَحَدِهم في جَوازِ إعْطائِه أقَلَّ مُتَمَوَّلٍ لكِنْ لا يُحْرَمُ، ....

شَهادةِ السّابِّ لا تمنَعُ عِصْيانَه بالسّبِّ كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي فيه أو لِلسّادةِ فالمُتَبادَرُ عُرْفًا أنّهم الأشرافُ الآتي بَيانُهم، وقال بعضُهم بل هم شرعًا وعُرْفًا العُلَماءُ والصّوفيّةُ العامِلون بالكِتابِ والسُّنّةِ ظاهرًا وباطِنًا وسيِّدُ النّاسِ الخليفة؛ لأنّه المُتَبادَرُ منه والشّريفُ المُنْتَسِبُ من جِهةِ الأبِ إلى الحسَنِ أو الحُسين؛ لأنّ الشّرَفَ وإنْ عَمَّ كلَّ رَفيعٍ إلا أنّه اختُصَّ بأولادِ فاطِمةَ رضي الله عنها عُرْفًا مُطَّرِدًا عندَ الإطلاقِ وأعقَلُ النّاسِ وأكيَسُهم أزْهَدُهم في الدُّنْيا وأحمَقُهم أسفَهُهم عندَ الماوَرْديِّ والمُثلِّثُ عندَ الرّويانيِّ، (ويدخلُ في وصيّةِ الفُقَراءِ المساكينُ) والمُرادُ بهما هنا ما يأتي في قسم الصّدَقات فيَتعيَّنُ المسلمون (وعكسُه) ومن عبارات الشافعيِّ رضي الله تعالى عنه البديعةِ إذا افْتَرَقا اجتَمَعا وإذا اجتَمَعا افْتَرَقا، ويَجوزُ النّقْلُ هنا إلى غيرِ فُقَراءِ بَلَدِ المالِ والوصيّةُ لليَتامَى والعُمْيانِ والزَّمْنَى ونحوِهم كالحُجّاجِ على ما في الروضةِ، ويوَجَّه وإنْ أُطيلَ في رَدِّه بأنّ الحجَّ يستَلْزِمُ السّفَرَ بل طوله غالِبًا، وهو يستَلْزِمُ الحاجةَ غالِبًا فكان مُشْعِرًا بالفقرِ تختَصُّ بفُقَرائِهم (ولو جمعهما) أي النّوْعَين في وصيّةٍ (شُرِك) الموصَى به بينهما أي شَرَكه الوصيُّ إنْ كان وإلا فالحاكِمُ (نصفَين) فيُجْعَلُ نصفُ الموصَى به للفُقَراءِ ونصفُه للمَساكينِ كما في الزّكاةِ وبه فارَقَ ما لو أوصَى لِبَني زَيْدٍ وبَني عمرٍو فإنّه يُقْسَمُ على عددِهم ولا يُنصَّفُ (وأقَلُّ كلِّ صِنْفٍ) من الفُقَراءِ والمساكينِ مثلاً حيثُ لم يُقَيَّدوا بمَحَلٍّ أو قُيِّدوا به وهم به غيرُ محصورين (ثلاثةٌ)؛ لأنّها أقَلُّ الجمع فإنْ دَفع الوصيُّ أو الوارِثُ وكذا الحاكِمُ بغيرِ اجتهادٍ أو تقليدٍ صحيحٍ كما هو ظاهرٌ لاثنين غَرِمَ لِلثّالِثِ أقَلَّ مُتَموَّلٍ، ثمّ إنْ لم يَتعمَّد استَقَلَّ بالدفعِ إليه لِبَقاءِ عدالَته وإلا وعلم حرمةَ ذلك كما هو ظاهرٌ دَفعه للقاضي وهو يدفَعُه له أو يَرُدُّه لِلدّافِعِ ويأمُرُه بالدفعِ له كذا قالوه وهو مُشْكِلٌ؛ لأنّهم بعدَ أنْ قرَّروا فِسقَه بتعمُّدِه لِذلك كيف يُجوِّزون للقاضي الدفعَ إليه ولو ليدفعه لِغيرِه، فالوجه حملُ كلامِهم على ما إذا تابَ إذِ الظّاهرُ أنّه لا يُشْتَرَطُ في مثلِ هذا استبراءٌ، وبحث الأذرَعيُّ تعيُّنَ الاستِرْدادِ منهما إنْ أعسَرَ الدّافِعُ؛ لأنّه ليس أهلاً لِلتّبَرُّعِ.

(وله) أي الوصيِّ وإلا فالحاكِمُ (التّفضيلُ) بين آحادِ كلِّ صِنفٍ، ويتأكّدُ تفضيلُ الأشَدِّ حاجةً والأولى إنْ لم يُرِد التعميمَ الأفضَلُ تقديمُ أرحامِ الموصي ومَحارِمُهم أولى فمَحارِمه رَضاعًا فجيرانِه فمَعارِفِه، ومَرَّ أنّهم متى انحَصَروا وجَبَ قبولُهم واستيعابُهم والتّسويةُ بينهم وإنْ تَفاوَتَتْ حاجاتُهم خلافًا للقاضي أبي الطّيِّبِ، وكان بعضُهم أخذَ من كلامِه ما يأتي عنه آخِرَ البابِ أنّه لو فوَّضَ للوَصيِّ التّفرقة بحسبِ ما يَراه لَزِمَه تفضيلُ أهلِ الحاجةِ إلى آخِرِه، وقد يُفَرَّقُ بأنّه هنا رَبَطَ الإعطاءَ بوَصْفِ الفقرِ مثلاً فقطَعَ اجتهادَ الوصيِّ، وثَمَّ وُكِّلَ الأمرُ لاجتهادِه فلَزِمَه ذلك، (أو) أوصَى (لِزَيْدٍ والفُقَراءِ فالمذهبُ أنّه كأحدِهم في جوازِ إعطائِه أقَلَّ مُتمَوَّلٍ)؛ لأنّه ألحَقَه بهم (لكن لا يحرُمُ) وإنْ كان غَنيًّا لِنصِّه

أو لِجَمعٍ مُعَيَّنٍ غيرِ مُنْحَصِرٍ كالعلَويّةِ صَحّتْ في الأَظْهَرِ وله الاقْتِصارُ على ثلاثةٍ.

عليه، ولو وصَفَه بصِفَتهم كزَيْدٍ الفقيرِ فإنْ كان غَنيًّا فنصيبُه لهم أو فقيرًا فكما مَرَّ أو بغيرِها كزَيْدٍ الكاتبِ أخذَ النّصفَ وكان السُّبْكيُّ أخذَ من هذا قوله لو وقَفَ على مُدَرِّسٍ وإمام وعَشَرةِ فُقَهاءَ قُسِمَ على ثلاثةٍ للعَشَرةِ ثُلُثُها على المذهبِ ولو أوصَى لِزَيْدٍ بدينارٍ وللفُقَراءِ بثُلُثِ مالِه لم يُصْرَفْ لِزَيْدٍ ولو فقيرًا غيرَه؛ لأنّه بتقديرِه قطَعَ اجتهادَ الوصيِّ وقضيّتُه أنّه لو أوصَى أنْ يَحُطَّ من دَينه على فُلانٍ أربَعةً مثلًا وأنْ يَحُطَّ جميعَ ما على أقارِبه وفُلانٌ منهم لم يُحَطَّ عنه غيرُ الأربَعةِ؛ لأنّه أخرجَه بإفرادِه ولأنّ العددَ له مفهومٌ عندَ الشافعيِّ رضي الله عنه وبه يُجابُ عن قولِ الرّافِعيِّ إذا جازَ أنْ يكون النّصُّ على زَيْدٍ أي في مسألةِ المتنِ لِئَلّا يحرُمَ جازَ أنْ يكون التقديرُ هنا أي في مسألةِ الدّينارِ لِئَلّا ينقُصَ عنه، وأيضًا يَجوزُ أنْ يقصِدَ عَيْنَ زَيْدٍ لِلدّينارِ وجِهةَ الفُقَراءِ للباقي فيستَوي في غَرَضِه الصّرْفُ لِزَيْدٍ وغيرِه ا هـ.

ووجه الجوابِ أنّ زَيْدًا في مسألةِ المتنِ لَقَبٌ ولا قائِلَ يُعْتَدُّ به بحُجّيّةِ مفهومِه بخلافِ مفهومِ العددِ أو ما تَضَمَّنَه كالدّينارِ فإنّ كثيرين عليه بل هو نصُّ الشافعيِّ كما تقرّر، وإذا روعيَ مفهومُه على القولِ به أو ذِكْرُه المُتَبادَرُ منه عادةَ الاقتصارُ عليه وإنْ لم يُقَلْ بالمفهوم اتَّضَحَ الفرقُ بين المسألَتَين، وأنّ النّصَّ على الدّينارِ له قطَعَ اجتهادَ الوصيِّ أنْ يُنْقِصَه أو يَزيدَ عليه فتأمّلْه ولو أوصَى لِشَخْصٍ.

وقد أسنَدَ وصيَّتَه إليه بألفٍ، ثمّ أسنَدَ وصيَّتَه لِجمعٍ هو منهم وأوصَى لِكلِّ مَنْ يقبَلُ وصيَّتَه منهم بألفَين فالذي يُتَّجه أنّه إنْ صرّح أو دَلَّتْ قرينةٌ ظاهرةٌ على أنّ الألفَ المذكورةَ أوّلًا مُرتَبِطةٌ بقَبولِ الإيصاءِ لم يُستَحَقَّ سِوَى ألفَين؛ لأنّ الأولى حينئذٍ من جُمْلةِ إفرادِ الثانيةِ وإلا استَحَقَّ ألفًا، ثمّ إنْ قبِلَ استَحَقَّ ألفَين أيضًا؛ لأنّهما حينئذٍ وصيَّتانِ مُتَغايِرَتانِ الأولى محضُ تبَرُّعٍ لا في مُقابِلٍ والثانيةُ نَوْعُ جَعالةٍ في مُقابَلةِ القبولِ والعمَلِ فليس هذا كالإقرارِ له بألفٍ، ثمّ بألفَين أو بألفٍ ولم يذكرْ سببًا، ثمّ بألفٍ وذكرَ لها سببًا؛ لأنّه لم يُغايِرْ بينهما من كلِّ وجهٍ فأمْكنَ حملُ أحدِهما على الآخرِ بخلافِه في مسألَتنا، وبهذا يندَفِعُ ما وقَعَ في فتاوَى أبي زُرْعةَ مِمّا يُخالِفُ بعضَ ذلك على أنّه مُتَرَدِّدٌ فيه وما أبعد قوله لَعَلَّ حملَ المُطْلَقِ من حيثُ اللّفْظُ على المُقَيَّدِ أوّلًا وإنْ كانت مادّتُهما مختَلِفة اعتبارًا باللّفْظِ من غيرِ نَظَرٍ إلى المعنى، (أو) أوصَى (لِجمعٍ مُعَيَّنٍ غيرِ مُنْحَصِرٍ كالعلَويّةِ) وهم المنسوبون لِعَليٍّ وإنْ لم يكونوا من فاطِمةَ كرّمَ اللّه وجهَهما وبَني تَميم (صَحّتْ في الأظهرِ وله الاقتصارُ على ثلاثةٍ) كالوصيّةِ للفُقَراءِ، والفرقُ بأنّ الشرعَ خَصَّصَهم بثلاثةٍ بخلافِ غيرِهم يُجابُ عنه بأنّا نَتْبَعُ في الوصايا عُرْفَ الشّارِعِ غالِبًا حيثُ عُلِمَ أو لِزَيْدٍ ولِلّه كان لِزَيْدٍ النّصفُ والباقي لِوجوه الخيرِ أو لِزَيْدٍ ونحوِ جِبْريلَ أو الجِدارِ مِمّا لا يوصَفُ بملكٍ وهو مُفْرَدٌ فلِزَيْدٍ النّصفُ وبَطَلَتْ في الباقي نعم، لو أضافَ الجِدارَ لِمسجِدٍ أو دارِ زَيْدٍ صَحّتْ له وصُرِفت في عِمارَته كما بحثه الأذرَعيُّ أو لِزَيْدٍ ونحوِ الرّياحِ فله أقَلُّ مُتَمَوَّلٍ، وبَطَلَتْ فيما عداه ولو أوصَى بثُلُثِه لِلّه تعالى صُرِفَ في وجوه البِرِّ ويأتي آخِرَ البابِ بيانُهم ومِثْلُهم وجوه الخيرِ ولا يدخلُ فيهم ورَثَتُه نظيرَ ما مَرَّ ويأتي.

أو لأقارِبِ زَيْدٍ دَخَلَ كُلُّ قَرابةٍ وإنْ بَعُدَ إلّا أصْلاً وفَرْعًا في الأصَحِّ، ولا تَدْخُلُ قَرابةُ أُمٍّ في وصيّةِ العرَبِ في الأصَحِّ، والعِبْرةُ بأقْرَبِ جَدٍّ يُنْسَبُ إليه زَيْدٌ، وتُعَدُّ أولادُه قَبيلةً.

فإنْ لم يَقُلْ لِلَّه تعالى صَحَّ وصُرِفَ للمَساكينِ، وفُرِّقَ في الروضةِ بينه وبين الوقفِ بأنّ غالِبَ الوصايا للمَساكينِ فحُمِلَ المُطْلَقُ عليه وبأنّ الوصيّةَ مَبنيّةٌ على المُساهَلةِ أي حيثُ تَصِحُّ بالمجهولِ والنّجِسِ وغيرِهِما بخلافِ الوقفِ فيهما، ووقع لِبعضِهم هنا ما يُخالِفُ ذلك فاحذَرْه، (أو) أوصَى (لأقارِبِ زَيْدٍ دخل كلُّ قرابةٍ) له (وإنْ بَعُدَ) وارِثًا وكافِرًا وغَنيًّا وضِدَّهم فيجبُ استيعابُهم والتّسويةُ بينهم وإنْ كثُروا وشَقَّ استيعابُهم كما شَمِله كلامُهم ولا يُنافيه قولُهم لو لم ينحَصِروا فكالعلَويّةِ؛ لأنّ مَحلَّه فيما إذا تعذَّرَ حَصْرُهم، وذلك لأنّ هذا اللّفْظَ يذكرُ عُرْفًا شائِعًا لإرادةِ جِهةِ القرابةِ فعُمِّمَ ومن ثَمَّ لو لم يكن له إلا قريبٌ صُرِفَ له الكلُّ ولم يُنْظَرْ لِكونِ ذلك اللّفْظِ جمعًا واستوَى الأبعَدُ مع غيرِه مع كونِ الأقارِبِ جمعَ أقرَبَ وهو أفْعَلُ تفضيلٍ.

واعترَضَ الرّافِعيُّ التعليلَ بالجِهةِ بأنّه لو كان كذلك لم يجب الاستيعابُ كالوصيّةِ للفُقَراءِ، ويُجابُ بأنّه في نفسِه غيرُ جِهةٍ حَقيقيّةٍ؛ لأنّ من شَأنِ القرابةِ الحصْرَ، وإنّما المُتَبادَرُ من ذِكْرِها ما يتبادَرُ من الجِهةِ بالنّسبةِ لإعطاءِ مَنْ ذُكِرَ وقولُهم يذكرُ عُرْفًا شائِعًا لإرادةِ جِهةِ القرابةِ يُشيرُ لِما ذكرْته (لا أصلًا) أي أبًا أو أُمًّا (وفرعًا) أي ولَدًا (في الأصحِّ) ونَقَلَ الأستاذُ أبو مَنْصورٍ إجماعَ الأصحابِ عليه والاعتراضُ عليه مَرْدودٌ، وذلك لأنّهم لا يُسَمَّوْنَ أقارِبَ عُرْفًا أي بالنّسبةِ للوَصيّةِ فلا يُنافي تَسميتَهما أقارِبَ في غيرِ ذلك وعُدِلَ عن قولِ أصلِه الأُصولُ والفُروعُ لِيُفيدَ دخولَ الأجدادِ والجدّاتِ والأحفادِ، ويُؤْخَذُ مِمّا مَرَّ في الوقفِ أنّه لو وقَفَ على أولادِه وليس له إلا أولادُهم صُرِفَ إليهم لِما مَرَّ، ثمّ إنّه لو لم يكن له هنا قريبٌ غيرَ أولَئِك صُرِفَ إليهِمْ.

(ولا تَدْخُلُ قرابةُ الأُمِّ في وصيةِ العرَبِ في الأصحِّ) ونُقِلَ عن الجمهورِ؛ لأنّهم لا يَفْتَخِرون بها ولا يَعُدّونَها قرابةً والأصحُّ في الروضةِ، ونُقِلَ عن الأكثرين دخولُهم كالعجَمِ؛ لأنّ العرَبَ يَفْتَخِرون بها فقد صَحَّ أنّه ﷺ قال عن سعْدِ بنِ أبي وقّاصٍ «سعْدٌ خالي فلْيُرِني امرُؤٌ خالَه»[1] ويدخلون في الرّحِمِ اتّفاقًا (والعبرةُ) في ضَبْطِ الأقارِبِ (بأقرَبِ جَدٍّ يُنسَبُ إليه زَيْدٌ) أو أُمُّه بناءً على دخولِ أقارِبِها (وتُعَدُّ أولادُه) أي ذلك الجدِّ (قبيلةً) واحدةً ولا يدخلُ أولادُ جَدٍّ فوقَه أو في دَرَجَته فلو أوصَى لأقارِبَ حَسَنيٍّ لم تَدْخُلِ الحُسَيْنيّون وإن انتهَوْا كلُّهم إلى عَليٍّ كرَّمَ اللّه وجهَه أو لأقارِبِ الشافعيِّ دخل كلُّ مَنْ يُنْسَبُ لِشافِعٍ؛ لأنّه أقرَبُ جَدٍّ عُرِفَ به الشافعيُّ لا لِمَنْ يُنْسَبُ لِجَدٍّ بعدَ شافِعٍ كأولادِ أخوَيْ شافِعٍ عَليٍّ والعبّاسِ؛ لأنّهم إنّما يُنْسَبون للمُطّلِبِ أو لأقارِب بعضِ أولادِ الشافعيِّ دخل فيها أولادُه دونَ أولادِ جَدِّه شافِعٍ.

(١) [صحيح] أخرجه: الترمذي في (الجامع) [رقم/ ٣٧٥٢]، وغيره من حديث: جابر بن عبد الله ﵁.
قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (تخريج مشكاة المصابيح) للألباني [رقم/ ٦١١٨].

ويَدْخُلُ في أقْرَبِ أقارِبِه الأصْلُ والفرْعُ، والأصَحُّ تَقْديمُ ابنٍ على أبٍ وأخٍ على جَدٍّ ولا يُرَجَّحُ بذُكورةٍ ووِراثةٍ بل يَسْتَوي الأبُ والأُمُّ والابنُ والبِنْتِ ويُقَدَّمُ ابنُ البِنْتِ على ابنِ ابنِ الابنِ، ولو أوصَى لأقارِبِ نفسِه لم تَدْخُلْ ورَثَتُه في الأصَحِّ.

(ويدخلُ في أقرَبِ أقاربِه) أي زَيْدٍ (الأصلُ) أي الأبوانِ (والفرعُ) أي الولدُ، ثمّ غيرُهما عندَ فقْدِهما على التَّفْصيلِ الآتي رِعايةً لِوَصْفِ الأقرَبيّةِ المقتضي لِزيادةِ القُربِ أو قوّةِ الجِهةِ وبهذا الذي دَلَّ عليه قولُه وأخٌ على جَدٍّ اندَفع الاعتراضُ عليه بأنّه يوهِمُ أنّ ثَمَّ أقرَبُ من غيرِ الأُصولِ والفُروعِ واندَفع قولُ شارحِ المُرادُ بالأصلِ الأبُ والأُمُّ وأُصولُهما (والأصحُّ تقديمُ) الفُروعِ وإنْ سفَلوا ولو من أولادِ البناتِ الأقرَبُ فالأقرَبُ فيُقَدَّمُ ولَدُ الولدِ على ولَدِ ولَدِ الولدِ، ثمّ الأُبوّةُ، ثمّ الأُخوّةُ ولو من الأُمِّ، ثمّ بُنوّةُ الإخوةِ، ثمّ الجُدودةُ من قِبَلِ الأبِ أو الأُمِّ القُربى فالقُربى نَظَرًا في الفُروعِ إلى قوّةِ الإرثِ والعُصوبةِ في الجُمْلةِ وفي الأُخوّةِ إلى قوّةِ البُنوّةِ فيها في الجُمْلةِ، ثمّ بعدَ الجُدودةِ العمومةُ والخُؤولةُ فيستَويانِ، ثمّ بُنوَّتُهما ويستَويانِ أيضًا لكن بحث ابنُ الرِّفعةِ تقديمَ العمِّ والعمّةِ على أبي الجدِّ والخالِ والخالةِ على جَدِّ الأُمِّ وجَدَّتِها ا هـ قال غيرُه وكالعمِّ في ذلك ابنُه كما في الولاءِ إذا تقرّر ذلك عُلِمَ منه تقديمُ (ابنٍ) وبنتٍ وذُرِّيَّتِهما (على أبٍ و) تقديمُ (أخٍ) وذُرِّيَّته من أيِّ جِهاته (على جَدٍّ) من أيِّ جِهاته (ولا يُرجحُ بذُكورةٍ ووِراثةٍ بل يستَوي الأبُ والأُمُّ والابنُ والبنتُ) والأخُ والأختُ لاستواءِ الجِهةِ في كلٍّ؛ نعم، يُقَدَّمُ الشّقيقُ على غيرِه ويستَوي الأخُ للأبِ والأخُ للأُمِّ (ويُقَدَّمُ ابنُ البنت على ابنِ ابنِ الابنِ)؛ لأنّه أقرَبُ منه في الدرَجةِ.

(فرع): أوصَى لِجَماعةٍ من أقرَبِ أقارِبِ زَيْدٍ وجَبَ استيعابُ الأقرَبين واستَشْكله الرّافِعيُّ بأنّ القياسَ بُطْلانُ الوصيّةِ؛ لأنّ لفظَ جَماعةٍ مُنْكرٌ فهو كما لو أوصَى لأحَدِ رجلينِ أو لِثلاثةٍ لا على التعيينِ من جَماعةٍ مُعَيَّنين قال الأذرَعيُّ ويُحْتاجُ إلى الفرقِ ا هـ وأقولُ يُمْكِنُ أنْ يُفَرَّقَ بأنّ ما ذكرَه فيه إيهامٌ من كلِّ وجهٍ من غيرِ قرينةٍ تُبَيِّنُه وما هنا ليس كذلك؛ لأنّه لَمّا رَبَطَ الموصَى لهم بوَصْفِ الأقرَبيّةِ عُلِمَ أنّ مُرادَه إناطةُ الحكم بها من غيرِ نَظَرٍ لِمَنْ؛ لأنّها كما تُفيدُ التّبْعيضَ تُفيدُ الاستغْراقَ أو الابتداءَ فأعْرَضوا عنها لانبِهامِها وقَضَوْا بالقرينةِ التي ذكرْتها على أنّ لَنا أنْ نَقولَ إنّها هنا للبَيانِ لا غيرُ بمَعونةِ تلك القرينةِ فاتَّضَحَ ما ذكروه واندَفع ما لِشيخِنا هنا المُستَلْزِمُ لإخراجِ كلامِهم عن ظاهرِه بل صريحُه المُصرح به كلامُ الرّافِعيِّ.

(ولو أوصَى لأقارِبِ نفسِه) أو أقرَبِ أقارِبِ نفسِه (لم تَدْخُلْ ورَثَتُه في الأصحِّ) وإنْ صَحَّحْنا الوصيّةَ للوارِثِ؛ لأنّه لا يوصَى له عادةً فتختَصُّ بالباقين وفي الروضةِ لو أوصَى لأهلِه فهم مَنْ تَلْزَمُه نفقتُهم أي غيرُ الورثةِ فيما يظهرُ من كلامِهم ويظهرُ أيضًا فيمَنْ أوصَى بزكاةٍ أو كفّارةٍ عليه أنّه يَجوزُ للوَصيِّ والقاضي الصّرْفُ للوارِثِ في هذه؛ لأنّ الآخِذَ فيها لم يأخُذْ بجِهةِ الوصيّةِ إليه قصْدًا؛ لأنّ المصْرِفَ هنا غيرُ مقصودٍ وإنّما المقصودُ بَيانُ ما اشتُغِلَتْ به ذِمّتُه لِتبرأَ لا غيرُ وحينئذٍ فلا يأتي هنا قولُهم؛ لأنّه

فَصْلٌ

تَصِحُّ بمَنافِعِ عبدٍ ودارٍ وغَلّةِ حانوتٍ، ....

لا يوصَى له عادةً بخلافِ الوصيّةِ بالتّصَدُّقِ عنه مثلاً فإنّ المُتَبادَرَ منه قصْدُ المصْرِفِ من نحوِ الفُقَراءِ لِما مَرَّ أنّ غالِبَ الوصايا لهم ومتى أُديرَ الأمرُ على قصْدِ المصْرِفِ اتَّضَحَ عدمُ دخولِ ورَثَته نَظَرًا للعادةِ المذكورةِ فإنْ لم يكن غيرُهم فيُحْتَمَلُ أنّه كما مَرَّ آنِفًا ويُحْتَمَلُ الفرقُ بما أفادَه التعليلُ أنّ الوارِثَ لا يوصَى له عادةً بخلافِ غيرِهِ.

فصل في أحكامٍ معنويّةٍ للموصَى به مع بَيانِ ما يُفعَلُ عن الميّت وما ينفَعُه

(تَصِحُّ الوصيّةُ بمَنافِعَ) نحوِ (عبدٍ ودارٍ) كما قدَّمَه ووَطَّأ به هنا لِما بعدَه (وغَلّةِ) عَطْفٌ على مَنافِعَ (حانوتٍ) ودارٍ مُؤَبَّدةٍ ومُؤَقَّتةٍ ومُطْلَقة وهي لِلتَّأبيدِ، وما اقتضاه عَطْفُ الغلّةِ على المنفعةِ من تَغايُرِهما صحيحٌ، ومن ثَمَّ اعتَرَضَ الشيخانِ إطلاقَهم التّسويةَ بين المنفعةِ والغلّةِ والكسبِ والخِدْمةِ في القِنِّ والمنفعةِ والسُّكْنَى والغلّةِ في الدّارِ، ثمّ استَحْسَنا أنّ المنفعةَ تَتَناوَلُ الخِدْمةَ والسُّكْنَى أي وغيرَهما مِمّا صَرَّحا به قبلُ لكن بقَيْدِه الآتي في الغلّةِ، وأنّ كلًّا من الخِدْمةِ والسُّكْنَى لا يُفيدُ غيرَه ومن ثَمَّ لو استأجَرَ قِنًّا للخِدْمةِ لم يُكلِّفْه نحوَ كِتابةٍ وبِناءٍ قالا بل ينبغي أنّ الوصيّةَ بالغلّةِ أو الكسبِ لا تُفيدُ استحْقاقَ سُكْنَى ولا رُكوبٍ ولا استخْدامٍ وبِواحدٍ من هذه الثلاثةِ لا تُفيدُ استحْقاقَ غَلّةٍ ولا كسبٍ؛ لأنّ الغلّةَ فائِدةٌ عَيْنِيّةٌ والمنفعةُ مُقابِلةٌ للعَينِ اهـ.

ولا يُنافي ما ذكراه في المنفعةِ خلافًا لِمَنْ تَوَهَّمَه شُمولها للكسبِ لِما يأتي أنّه بَدَلُها، وقولُ ابنِ الرِّفعةِ الخِدْمةَ أنْ تُفيدَ ما تُفيدُه المنفعةُ ضعيفٌ، وكذا قولُه إنّ الغلّةَ تُفيدُ السُّكْنَى وقولُه ليس في للغَلّةِ محمَلٌ في الدّارِ غيرُ المنفعةِ، وكونُ المنفعةِ مُقابِلةً للعَينِ لا يمنعُ أنّ الغلّةَ المُضافة لِلدّارِ بمعنى المنفعةِ اهـ.

وقال غيرُه الوجه أنّ المنافِعَ تَشْمَلُ الغلّةَ والكسبَ، والغلّةُ وإنْ كانت فائِدةً عَيْنِيّةً هي معدودةٌ من مَنافِعِ الأرضِ والغلّةُ والكسبُ لا تُفيدُ نحوَ رُكوبٍ وسُكْنَى ومنفعةٍ بل ما يحصُلُ من الغلّةِ والكسبِ خاصّةً. والمفهومُ من المنفعةِ أعَمُّ مِمّا يُفْهَمُ منهما اهـ.

وفي بعضِه نَظَرٌ يُعْرَفُ مِمّا تقرّر، والحاصِلُ أنّ ما ذكرَه الشيخانِ صحيحٌ ومن ثَمَّ اعتمده المُحَقِّقون، وأنّ المنفعةَ تُطْلَقُ على ما يُقابِلُ العيْنَ ومن ثَمَّ فسَّرَها الإمامُ وغيرُه هنا بأنّها ما مُلِك بعقدِ الإجارةِ الصّحيحِ والمملوكُ به قصْدًا هو محضُ المنفعةِ لا غيرُ واستتْباعُها للعَينِ إنّما هو لِلضَّرورةِ أو الحاجةِ كما بَيَّنوه ثَمَّ، وهذا الإطلاقُ هو المُتَبادَرُ منها هنا فمن ثَمَّ حَمَلوها عليه كما حَمَلوا الوصيّةَ على عودِ اللّهْوِ فيما مَرَّ لِذلك، وقد تُطْلَقُ على ما هو أعَمُّ من ذلك فتَشْمَلُ حتى الغلّةَ التي هي الفوائِدُ العيْنِيّةُ الحاصِلةُ لا بفعلِ أحدٍ وهذا لا يُعْمَلُ به هنا إلا لِقَرينةٍ فالغلّةُ قِسمانِ قِسمٌ يحصُلُ بَدَلَ استيفاءِ منفعةٍ فتَتَناوَلُه المنفعةُ بلا قرينةٍ وقِسمٌ يحصُلُ بنفسِه فهو أجنبيٌّ عن المنفعةِ فاحتاجَ تَناوُلُها له

ويَملِكُ الموصَى له مَنْفَعةَ العبْدِ، وأكْسابَه المُعْتادةَ. وكذا مَهْرُها في الأَصَحِّ، ....

إلى قرينةٍ ومن هذا يُعْلَمُ أنّه لا يصحُّ الإيصاءُ بدَراهِمَ يَتَّجِرُ فيها الوصيُّ، ويتصَدَّقُ بما يُحَصِّلُ من رِبْحِها؛ لأنّ الرِّبْحَ بالنّسبةِ لها لا يُسَمَّى غَلّةً ولا منفعةً للعَينِ الموصَى بها؛ لأنّه لا يحصُلُ إلا بعدَ زَوالِها، وهذا واضِحٌ خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه، وأنّ الذي يَتَّجِه في نحوِ النّخْلةِ والشّاةِ أنّه إنْ أوصَى بفَوائِدِهِما أو بغَلّتِهِما اختصَّ بنحوِ الثمَرةِ واللّبَنِ والصّوفِ أو بمَنافِعِهِما لم يدخلْ نحوُ الثّمَرةِ إلا إنْ قامت قرينةٌ ظاهرةٌ على إرادةِ ما يشمَلُ الغلّةَ بأنْ لم يكن لها منفعةٌ تُقْصَدُ غيرُ نحوِ ثمرَتها، أو اطَّرَدَ عُرْفُ الموصي بذلك، وقد مَرَّ لِذلك نَظائِرُ فإنْ قُلْت ما منفعةُ النّخْلةِ والشّاةِ غيرُ الغلّةِ قُلْت رَبْطُ نحوِ الدّوابِّ في النّخْلةِ ونَشْرُ نحوِ الثّيابِ عليها ونحوُ دياسةِ الشّاةِ للحَبِّ، فإنّه يصحُّ استئجارُها لِذلك كما صرحوا به.

(تنبيهٌ) وقَعَ في الروضةِ هنا أنّه لو أوصَى بخِدْمةِ عبدِه سنةً غيرَ مُعَيَّنةٍ كان تعيينُها للوارِثِ، ونازع فيه الأذرَعيُّ ثمّ قال ينبغي حملُها على سنةٍ مُتَّصِلةٍ بموته وكأنّه أخذَ هذا من نظيرِه الآتي أنّه لو أوصَى بمنفعةِ دارِه سنةً حُمِلَتْ على السّنةِ التي تَلي الموتَ، وهو أخذٌ ظاهرٌ إلا أنْ يُفَرَّقَ بأنّه هنا أبقَى للوارِثِ شَرِكةً في المنافِعِ إذْ ما عدا الخِدْمةَ من نحوِ كِتابةٍ وبِناءٍ له خلافًا لابنِ الرِّفْعةِ كما تقرّر وعندَ بَقاءِ حَقٍّ للوارِثِ تكونُ الخيرةُ في تَسليمِ ما عداه إليه؛ لأنّه أصليٌّ والموصَى له عارِضٌ فلِقوّةِ حَقِّه كان التعيينُ إليه، وأمّا ثَمَّ فلم يَبْقَ له حَقًّا في المنفعةِ فلم يُعارِضْ حَقَّ الموصَى له فانصرف حَقُّه لأوّلِ سنةٍ تَلي الموتَ إذْ لا مُعارِضَ له فيها فتأمّلْه ومِمّا يُؤَيِّدُ ذلك قولُ القاضي لو أوصَى بثمرةِ هذا البُستانِ سنةً، ولم يُعَيِّنْها فتعيينُها للوارِثِ أي؛ لأنّه بَقِيَتْ له المنافِعُ غيرُ الثّمَرةِ فهو كالوصيّةِ بالخِدْمةِ فيما ذُكِرَ.

(ويملكُ الموصَى له) بالمنفعةِ وكذا بالغلّةِ إنْ قامت قرينةٌ على أنّ المُرادَ بها مُطْلَقُ المنفعةِ أو اطَّرَدَ العُرْفُ بذلك فيما يظهرُ نظيرُ ما مَرَّ (منفعةَ) نحوِ (العبدِ) الموصَى بمنفعته فليستْ إباحةً ولا عاريّةً لِلُزومِها بالقبولِ ومن ثَمَّ جازَ له أنْ يُؤَجِّرَ ويُعيرَ ويوصيَ بها ويُسافِرَ به عندَ الأمنِ، ويَدُه يَدُ أمانةٍ ووُرِثَتْ عنه، ومَحَلُّ ذلك في غيرِ مُؤَقَّتةٍ بنحوِ حياته على اضْطِرابٍ فيه، وإلا كانت إباحةً فقط كما لو أوصَى له بأنْ ينتَفِعَ أو يسكُنَ أو يركبَ أو يخدُمَه فلا يملكُ شيئًا مِمّا مَرَّ، ويأتي لأنّه لَمّا عَبَّرَ بالفعلِ وأسنَدَه إلى المُخاطَبِ اقتضى قُصورَه على مُباشَرَته بخلافِ منفعته أو خِدْمَته أو سُكْناها أو رُكوبِها خلافًا لابنِ الرِّفعةِ، والتعبيرُ بالاستخْدامِ كهو بأنْ يخدُمَه بخلافِ الخِدْمةِ كما هو واضِحٌ، ويستَقِلُّ الموصَى له بتزويجِ العبدِ أي إنْ كانت الوصيّةُ مُؤَبّدةً وإلا احتيجَ إلى إذْنِ الوارِثِ أيضًا فيما يظهرُ كما أنّه لا بُدَّ من رِضاهما في الأمةِ مُطْلَقًا (و) يملكُ أيضًا (أكسابَه المُعتادةَ) كاحتطابٍ واصطيادٍ وأُجْرةِ حِرْفةٍ؛ لأنّها أبدالُ المنافِعِ الموصَى بها (لا النّادِرةَ) كهِبةٍ ولُقَطةٍ إذْ لا تُقْصَدُ بالوصيّةِ (وكذا مهرُها) أي الأمةِ إذا وُطِئَتْ بشُبهةٍ أو نِكاحٍ يملكُه الموصَى له بمَنافِعِها (في الأصحِّ)؛ لأنّه من نَماءِ الرّقَبةِ

لا ولَدُها في الأصَحِّ، بل هو كالأُمِّ مَنْفَعَتُه لَه، ورَقَبَتُه للوارِثِ. وله إعْتاقُه، ....

كالكسبِ، وكما يملكُه الموقوفُ عليه، وما لا في الروضةِ وأصلِها إلى أنّه ملكٌ لِورثةِ الموصي، وفَرَّقَ الأذرَعيُّ بينه وبين الموقوفِ عليه بأنّ ملك الثاني أقوى لِملكِه النّادِرَ والولدَ بخلافِ الأوّلِ ويملكُ الوارِثُ الرّقَبةَ هنا لا ثَمَّ قال غيرُه ولأنّه يملكُ الرّقَبةَ على قولٍ فقَوِيَ الاستِتْباعُ بخلافِه هنا ورُدَّ هذا بأنّ الموصَى له بالمنفعةِ أبدًا قيلَ فيه أنّه يملكُ الرّقَبةَ أيضًا، ويُرَدُّ الأوّلانِ بأنّ الموصَى له يملكُ الإجارةَ والإعارةَ والسّفَرَ بها وتورَثُ عنه المنفعةُ ولا كذلك الموقوفُ عليه فكان ملكُ الموصَى له أقوى وعدمُ ملكِه النّادِرَ إنّما هو لِعدمِ تَبادُرِ دخولِه، والولدُ إنّما هو لِما يأتي ولأنّه جُزْءٌ من الأُمِّ وهو لا يملكُها لا أنّ ذلك لِضَعْفِ ملكِه، ومن ثَمَّ كان المعتمدُ ملكُه المهرَ وِفاقًا للإسنَويِّ وغيرِه، وأنّه فيما إذا أبدَت المنفعةَ لا يُحَدُّ لو وطِئَ بخلافِ الموقوفِ عليه لِما تقرّر من أنّ ملكه أضْعَفُ وأيضًا فالحقُّ في الموقوفة للبَطْنِ الثاني، ولو مع وجودِ البطْنِ الأوّلِ ولا حَقَّ هنا في المنفعةِ لِغيرِ الموصَى له فاندَفع ما قيلَ الوجه التّسويةُ بينهما أو وجوبُ الحدِّ في الوصيّةِ دون الوقفِ، والأوجَه في أرشِ البكارةِ أنّه للورثةِ؛ لأنّه بَدَلُ إزالةِ جُزْءٍ من البدَنِ الذي هو ملكٌ لهم ولو عُيِّنَت المنفعةُ كخِدْمةِ قِنٍّ أو كسبه أو غَلّةِ دارٍ أو سُكْناها لم يستَحِقَّ غيرَها كما مَرَّ فليس له في الأخيرةِ عَمَلُ الحدّادين والقصّارين إلا إنْ دَلَّتْ قرينةٌ على أنّ الموصيَ أرادَ ذلك على الأوجَه (لا ولَدُها) أي الموصَى بمنفعتها أمةً كانت، والحالُ أنّه من زوجٍ أو زِنًا أو غيرِها فلا يملكُه الموصَى له ويُفَرَّقُ بينه وبين ولَدِ الموقوفة بأنّ ملك الموقوفِ عليه له لم يُعارِضْه أقوى منه بخلافِه هنا فإنّ إبقاءَ ملكِ الأصلِ للوارِثِ المُستَتْبِع له مُعارِضٌ أقوى لِملكِ الموصَى له فقُدِّمَ عليه (في الأصحّ بل هو) إنْ كانت حامِلًا به عندَ الوصيّةِ؛ لأنّه كالجُزْءِ منها أو حَمَلَتْ به بعدَ موت الموصي؛ لأنّه الآنَ من فوائِدِ ما استُحِقَّ منفعتُه بخلافِ الحادِثِ.

بعدَ الوصيّةِ وقبلَ الموت وإنْ وُجِدَ عندَه لِحُدوثِه فيما لم يستَحِقَّه إلى الآنَ (كالأُمِّ) في حكمِها فتكونُ (منفعتُه له ورَقَبَتُه للوارِثِ)؛ لأنّه جُزْءٌ منها ولو نصَّ في الوصيّةِ على الولدِ دخل قطعًا ولو قُتِلَ الموصَى بمنفعته فوَجَبَ مالٌ وجَبَ شراءُ مثلِه به رِعايةً لِغَرَضِ الموصي فإنْ لم يَفِ بكامِلٍ فشِقْصٌ والمشتري الوارِثُ، ويُفَرَّقُ بينه وبين الوقفِ فإنّ المشتريَ فيه الحاكِمُ بأنّ الوارِثَ هنا مالِكٌ للأصلِ فكذا بَدَلُه، والموقوفُ عليه ليس مالِكًا له فلم يكن له نَظَرٌ في البدَلِ فتعيَّنَ الحاكِمُ، ويُباعُ في الجنايةِ وحينئذٍ يَبْطُلُ حَقُّ الموصَى له بخلافِ ما إذا فُدِيَ، (وله) أي الوارِثِ ومثلُه موصًى له برَقَبَته دون منفعته (إعتاقُه) يعني القِنّ الموصَى بمنفعته كما بأصلِه ولو مُؤَبَّدًا؛ لأنّه خالِصُ ملكِه نعم، يَمْتَنِعُ إعتاقُه عن الكفّارةِ وكِتابَتُه لِعَجْزِه عن الكسبِ ومنه يُؤْخَذُ أنّها لو أُقِّتَتْ بزمَنٍ قريبٍ لا يُحْتاجُ فيه لِنفقةٍ أو بَقِيَ من المُدّةِ ما لا يُحْتاجُ فيه لِذلك صَحَّ إعتاقُه عنها وكِتابَتُه لِعدمِ عَجْزِه حينئذٍ وعلى هذا يُحْمَلُ ما بحثه الأذرَعيُّ فتأمّلْه وكالكفّارةِ النّذْرُ على الأوجَه؛ لأنّه يُسلَكُ به مسلَكَ الواجبِ، والوصيّةُ

وعليه نَفَقَتُه إنْ أوصَى بمَنْفَعَتِه مُدّةً وكذا أبَدًا في الأصَحِّ.
وَبَيْعُه إنْ لم يُؤَبِّدْ كالمُسْتأجِرِ، وإنْ أبَّدَ فالأصَحُّ أنّه يَصِحُّ بَيْعُه للموصَى له دونَ غيرِهِ.

بحالِها بعدَ العتقِ ومُؤْنَتُه في بيت المالِ وإلا فعلى مَياسيرِ المسلمين وللوارِثِ أيضًا وطْؤُها إنْ أمِنَ حَبَلها، ولم يُفَوِّتْ به على الموصَى له منفعةً يستَحِقُّها فإنْ لم يأمَنْه امتنع خوفُ الهلاكِ بالطَّلْقِ والنَّقْصِ والضَّعْفِ بالحملِ أمّا ولَدُها من الوارِثِ فحُرٌّ نَسيبٌ، وعليه قيمَتُه يُشْترى بها مثلُه لينتَفِعَ به الموصَى له وتَصيرَ أمَّ ولَدٍ فتعتقُ بموته مسلوبةَ المنفعةِ، وظاهرٌ أنّ الواطِئَ بشُبهةٍ يَلْحَقُه الولدُ ويكونُ حُرًّا وتَلْزَمُه قيمَتُه ليشتَرِيَ بها مثلُه كما ذُكِرَ (وعليه) أي الوارِثِ ومثلُه الموصَى له برَقَبَته (نفقتُه) يعني مُؤْنَةَ الموصَى بمنفعته قِنًّا كان أو غيرَه.

ومنها فطرةُ القِنِّ (إنْ أوصيَ) بالبِناءِ للمفعولِ وهو الأحسَنُ، ويصحُّ للفاعِلِ وحُذِفَ للعلم به أي إنْ أوصَى الموصي (بمنفعته مُدّةً)؛ لأنّه مالِكُ الرّقَبةَ والمنفعةَ فيما عدا تلك المُدّةِ وفيما إذا أوصيَ بمنفعةِ عبدٍ أو دارٍ سنةً تُحْمَلُ على السّنةِ الأولى لِقولِهم لو أوصَى بمنفعته سنةً ثمّ آجَرَه سنةً ومات فوْرًا بَطَلَت الوصيّةُ؛ لأنّ المُستَحَقَّ منفعةُ السّنةِ الأولى، وقد فوّتَها وعلى تعيُّنِ الأولى لو كان الموصَى له غائبًا عندَ الموت، وجَبَ له إذا قبِلَ الوصيّةَ بَدَلَ منفعةِ تلك السّنةِ التي تَلي الموتَ، وإنْ تَراخَى القبولُ عنها؛ لأنّ به يتبَيَّنُ استحقاقُه من حينِ الموت كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ على مَن استولى عليها من وارِثٍ أو غيرِه كما هو ظاهرٌ خلافًا لِمَنْ ظَنّ فواتَ حَقِّه بغَيْبَته، ثمّ رَتَّبَ عليه بَحْثَه أنّه ينبغي أنّ له سنةً من حينِ المُطالَبةِ (وكذا أبدًا في الأصحّ)؛ لأنّه ملكُه وهو مُتَمَكِّنٌ من دَفْعِ الضّرَرِ عنه بالإعتاقِ أو غيرِه، وأفتى صاحِبُ البيانِ بأنّه وإنْ عَتَقَ يستَمِرُّ عليه حكمُ الأرِقّاءِ لاستغْراقِ مَنافِعِه على الأبدِ بخلافِ المُستأجَرِ لانتهاءِ ملكِ مَنافِعِه، واعتمده الأصبَحيُّ في كِتابه الأسرارِ وخالفهما أبو شُكَيْلٍ والسّبْتيُّ فقالا بل له حكمُ الأحرارِ.

ورجح بعضُ المُتأخّرين الثانيَ بأنّه أوفَقُ لإطلاقِ الأئِمّةِ إذْ لم يَعُدَّ أحدٌ من مَوانِعِ نحوِ الإرثِ والشّهادةِ استغْراقَ المنافِعِ ا هـ وقولُ الهرَويِّ لا تَلْزَمُه الجُمُعةُ يحتَمِلُ كلًّا من الرّأيَين أمّا الأوّلُ فواضِحٌ، وأمّا الثاني فهو لاستغْراقِ مَنافِعِه وإنْ كان حُرًّا، ومَحَلُّه إنْ زاد اشتغالُه بها على قدرِ الظّهْرِ وإلا لَزِمته ولم يكن لِمالِكِ مَنافِعِه مَنْعُه منها كالسّيِّدِ مع قِنِّه (وبيعُه) أي الموصَى بمنفعته فهو مُضافٌ للمفعولِ وحُذِفَ فاعِلُه وهو الوارِثُ للعلم به، ويصحُّ عَوْدُ الضّميرِ للوارِثِ السّابِقِ فهو مُضافٌ للفاعِلِ (إنْ لم يُؤَبِّدْ) بالبِناءِ للفاعِلِ وحُذِفَ للعلم به أي الموصي المنفعةَ وللمفعولِ أي إنْ لم تُؤَبَّد الوصيّةُ بمنفعته (ك) بيعِ الشيءِ (المُستأجَرِ) فيصحُّ البيعُ، ولو لِغيرِ الموصَى له وأفْهَمَ التّشبيه أنّه لا بُدَّ هنا من العلمِ بالمُدّةِ وهو كذلك فإبداءُ ابنِ الرِّفعةِ. ذلك بَحثًا لَعَلّه لِعدمِ كونِ هذا نصًّا فيه وإلا كالمُقَدَّرةِ بحياته لم يصحّ بيعُه أي لا للموصَى له كما عُلِمَ من قولِه (وإنْ أبّدَ) المنفعةَ ولو بإطلاقِها لِما مَرَّ أنّه يقتضي التّأبيدَ (فالأصحُّ أنّه يصحُّ بيعُه للموصَى له دون غيرِه) إذْ لا فائِدةَ ظاهرةً لِغيرِه فيه، ومن

....

ثُمَّ إن اجتَمَعا على بيعِه من ثالِثٍ صَحَّ على الأوجَه من وجهَين فيه لِوجودِ الفائِدةِ حينئذٍ ولم ينظُروا هنا لِفائِدةِ الإعتاقِ كالزَّمَنِ؛ لأنّه لم يَحُلْ أحدٌ بين المشتري وبين مَنافِعِه، وهنا الموصَى له لَمّا استَحَقَّ جميعَ مَنافِعِه على التّأبيدِ صار حائِلًا بينه وبين مُريدِ شراه فلم يصحَّ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ في ثالِثِ شُروطِ البيعِ وإذا لم يصحَّ بيعُه إلا للموصَى له فأسلَمَ القِنُّ والموصَى له والوارِثُ كافِرانِ فالذي يظهرُ أنّه يُحالُ بينهما وبينه، ويُستَكسَبُ عندَ مسلمٍ ثِقة للموصَى له ولا يُجبَرانِ على بيعِه لِثالِثٍ؛ لأنّه لا يُدْرى ما يَخُصُّ كلًّا من الثمَنِ، ولو أوصَى بمَنفعةِ كافِرٍ لِمسلم أبدًا فأسلَمَ القِنُّ فهل يُجبَرُ الوارِثُ الكافِرُ على بيعِه للموصَى له إنْ رَضيَ به تخليصًا له من ذُلِّ بَقائِه في ملكِه الموجِبِ لاستيلائِه عليه في غيرِ وقت الانتفاعِ به أو لا كلٌّ مُحتَمَلٌ، والأوّلُ أقرَبُ فإنْ قُلت يشكلُ على ما تقرّر من صحّةِ بيعِهما لِثالِثٍ ما مَرَّ أنّهما لو باعا عبدَيْهِما لِثالِثٍ لم يصحَّ وإنْ تَراضَيا قُلت يُفَرَّقُ بأنّ كلًّا من القِنّين مثلًا مقصودٌ لِذاته فقد يقعُ النّزاعُ بينهما في التقويمِ لا إلى غايةٍ بخلافِ أحدِ المبيعَين هنا فإنّه تابعٌ فسومِحَ فيه، ولو أوصَى أنْ يُدْفع من غَلّةِ أرضِه كلَّ سنةٍ كذا لِمسجِدٍ كذا مثلًا.

وخرجتْ من الثُّلُثِ لم يصحَّ بيعُ بعضِها وتركُ ما يحصُلُ منه المُعَيَّنُ لاختلافِ الأُجْرةِ فقد تَستَغْرِقُها فيكونُ الجميعُ للموصَى له نعم، يصحُّ بيعُها لِمالِكِ المنفعةِ وفيما إذا قال بِمائةٍ من غَلّتها فلم تأت الغلّةُ إلا مِائةً فقد تعارَضَ مفهومُ من ومفهومُ مِائةٍ فما المُرجحُ والذي يَتّجِه تقديمُ الثاني؛ لأنّ المِائةَ لا تُطْلَقُ على ما دونَها ومَن قد تكونُ لابتداءِ الغايةِ كما تَقَدَّمَ في: ثمّ وصاياه من ثُلُثِ الباقي أنّه يشمَلُ الوصيّةَ بالثُّلُثِ، وتكونُ من لِلابتداءِ ولو أوصَى بمنفعةِ مسلم لِكافِرٍ فظاهرُ كلام بعضِهم صحّةُ الوصيّةِ وعليه فيُجْبَرُ على نَقْلِها لِمسلم كما لو استأجَرَ كافِرٌ مسلِمًا عَيْنًا، وقد يُفْهِمُ المتنُ أنّه لا يصحُّ بيعُ الموصَى له بالمنفعةِ المُؤَبّدةِ إلا لِلوارِثِ وهو كذلك، ونظيرُه ما مَرَّ في بيعِ حَقِّ نحوِ البِناءِ أو المُرورِ، وقد يَرِدُ على هذا الحصْرِ قولُهم لو جَنَى ففَدَى الوارِثُ أو الموصَى له نصيبَه بيعَ في الجنايةِ نصيبُ الآخرِ.

واستَشْكله الشيخانِ بأنّه إنْ فُديَت الرّقبةُ فكيف تُباعُ المنافِعُ وحدَها وأُجيبَ بأنّه معقولٌ صرحوا به في بيعِ حَقِّ نحوِ البِناء كما تقرّر وبأنّها تُباعُ وحدَها بالإجارةِ وفيه نَظَرٌ؛ لأنّ الإجارةَ المحضةَ إنّما تُتَصَوَّرُ في مُؤَقَّتٍ بمعلوم، والمنفعةُ هنا ليستْ كذلك ولأنّ قضيّةَ الجوابِ الأوّلِ صحّةُ بيعِ الموصَى له المنفعةَ بغيرِ الوارِثِ مُطْلَقًا ولم يقولوا به فالذي يَتّجِه في الجوابِ أنّ هذا بيعٌ لِضَرورةِ الجنايةِ فسومِحَ فيه دون غيرِه ولو أوصَى بأمةٍ لِرجلٍ وبِحملِها لِآخرَ فأعْتَقَها مالِكُها لم يعتق الحملُ؛ لأنّه لَمّا انفَرَدَ بالملكِ صار كالمُستَقِلِّ أو بما تَحْمِلُه وقُلْنا بما مَرَّ أنّ الوصيّةَ تَستَغْرِقُ كلَّ حملٍ وُجِدَ في المُستقبَلِ فأعْتَقَها الوارِثُ وتَزَوَّجَتْ ولو بحُرٍّ فعن بعضِهم أنّ أولادَها أرِقّاءُ، وصَوَّبَ الزّركشيُّ رحمه الله انعِقادَهم أحرارًا ويَغْرَمُ الوارِثُ قيمَتَهم؛ لأنّه بالإعتاقِ فوّتَهم على الموصَى له ا هـ.

وأنّه تُعْتَبَرُ قيمةُ العبْدِ كُلُّها مِن الثُّلُثِ إنْ أوصَى بمَنْفَعَتِه أبَدًا، وإنْ أوصَى بها مُدّةً قوِّمَ بمَنْفَعَتِه ثم مَسْلوبَها تلك المُدّةَ، ويُحْسَبُ النّاقِصُ مِن الثُّلُثِ. وَتَصِحُّ بحَجٍّ تَطَوُّعٍ في الأظْهَرِ. وَيُحَجُّ من بلَدِه أو الميقاتِ كما قَيَّدَ، وإنْ أطْلَقَ فَمِن الميقاتِ في الأصَحِّ.

وهو عجيبٌ مع قولِهم الآتي في العتقِ لو كان الحملُ لِغيرِ المعتقِ بوَصيّةٍ أو غيرِها لم يعتق بعتقِ الأمِّ فعُلِمَ أنّ الوجهَ هو الأوّلُ؛ لأنّ تعلُّقَ حَقِّ الموصَى له بالحملِ يمنعُ سرَيانَ العتقِ إليه فيبقى على ملكِه.

(و) الأصحُّ (أنه تُعْتَبَرُ قيمةُ العبدِ) مثلاً (كلُّها) أي مع منفعته (من الثلُثِ إن أوصَى بمنفعته أبدًا) أو مُدّةً مجهولةً؛ لأنّه حالَ بينها وبين الوارثِ ولِتعذُّرِ تقويمِ المنفعةِ بتعذُّرِ الوُقوفِ على آخِرِ عُمُرِه فيَتعيَّنُ تقويمُ الرّقَبةِ مع منفعتها فإن احتَمَلها الثُّلُثُ لَزِمت الوَصيّةُ في الجميعِ، وإلا ففيما يحتَمِلُه فلو ساوَى العبدُ بمَنافِعِه مِائةً وبِدونِها عَشْرةً اعْتُبِرَت المِائةُ كلُّها من الثُّلُثِ فإنْ وفَّى بها فواضِحٌ، وإلا كأنْ لم يَفِ إلا بنصفِها صار نصفُ المنفعةِ للوارِثِ، والذي يَتَّجِه في كيْفيّةِ استيفائِها أنّهما يتهايَآنِها (وإن أوصَى بها مُدّةً) معلومةً (قوِّمَ بمنفعته ثمّ) قوِّمَ (مسلوبُها تلك المُدّةَ، ويُحْسَبُ النّاقِصُ من الثُّلُثِ)؛ لأنّ الحيْلولةَ له بصَدَدِ الزّوالِ فإذا ساوَى بالمنفعةِ مِائةً وبِدونِها تلك المُدّةَ تسعين فالوصيّةُ بعَشْرةٍ فإنْ وفَّى بها الثُّلُثُ فواضِحٌ وإلا كان وفَّى بنصفِها فكما مَرَّ كما هو ظاهرٌ والكلامُ في الوصيّةِ بجميعِ المنافِعِ فلو أوصَى له ببعضِها كلَبَنِ شاةٍ فقط قوِّمت بلَبَنِها ثمّ خَليّةً عنه أبدًا أو إلى المُدّةِ المعلومةِ إنْ ذكرَها ونُظِرَ في التّفاوُت أيَسَعُه الثُّلُثُ أم لا، ولو أوصَى بالرّقَبةِ فقط لم تُحْسَبْ من الثُّلُثِ؛ لأنّ الرّقَبةَ الخاليةَ من المنافِعِ كالتّالِفة فلا قيمةَ لها أو بالمنفعةِ لِواحِدٍ وبالرّقَبةِ لِآخرَ فرَدَّ الأوّلُ رجعت المنفعةُ للوارِثِ على الأوجَه، ولو أعادَ الدّارَ بآلاتها عادَ حَقُّ الموصَى له بمَنافِعِها.

(فرع): لو أوصَى بأنْ يُعْطَى خادِمُ تُرْبَته أو أولادِه مثلاً كلَّ يوم أو شهرٍ أو سنةٍ كذا أُعْطيَه كذلك إنْ عَيَّنَ إعطاءَه من ريعِ ملكِه وإلا أُعْطيَه اليومَ الأوّلَ إنْ خرج من الثُّلُثِ وبَطَلَت الوصيّةُ فيما بعدَه؛ لأنّه حينئذٍ لا يُعْرَفُ قدرُ الموصَى به في المُستقبَلِ حتى يُعْلَمَ أيُخْرَجُ من الثُّلُثِ أو لا ومن ذلك ما لو أوصَى لِوَصيِّه كلَّ سنةٍ بمِائةِ دينارٍ ما دامَ وصيًّا فيصحُّ بالمِائةِ الأولى إنْ خرجتْ من الثُّلُثِ لا غيرُ خلافًا لِمَنْ غَلِطَ فيه.

(وتَصِحُّ) الوصيّةُ (بحَجٍّ تَطَوُّعٍ) أو عُمْرَته أو هما (في الأظهرِ) بناءً على الأظهرِ من جوازِ النّيابةِ فيه، ويُحْسَبُ من الثُّلُثِ أمّا الفرضُ فيصحُّ قطعًا (ويَحُجُّ من بَلَدِه أو) من (الميقات) أو من غيرِهما إنْ كان أبعد من الميقات (كما قيَّدَ) عَمَلاً بوَصيَّته هذا إنْ وفَّى ثُلُثُه بالحجِّ مِمّا عَيَّنَه قبلَ الميقات وإلا فمن حيثُ يَفي نعم، لو لم يَفِ بما يُمْكِنُ الحجُّ به من الميقات أي ميقات الميِّت كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ في الحجِّ بَطَلَت الوصيّةُ وعادَ للورثةِ قطعًا؛ لأنّ الحجَّ لا يتبعَّضُ بخلافِ ما مَرَّ في العتقِ (وإن أطلقَ) الوصيّةَ (فمن الميقات) يَحُجُّ عنه (في الأصحِّ) حملاً على أقَلِّ الدرَجات.

وَحَجّةُ الإِسْلامِ من رأسِ المالِ، فإنْ أوصَى بها من رأسِ المالِ أو الثُّلُثِ عُمِلَ به، وإنْ أَطْلَقَ الوصيّةَ بها فَمن رأسِ المالِ، وقيلَ مِن الثُّلُثِ ويَحُجُّ مِن الميقاتِ.

(وحَجّةُ الإسلام) أو النّذْرُ أي في الصِّحّةِ كما قاله جمعٌ وإلا فمن الثُّلُثِ (من رَأْسِ المالِ) وإنْ لم يوصِ بها كسائرِ الدُّيونِ، ويُحَجُّ عنه من الميقات فإنْ قيّدَ بأبعد منه ووَفَّى به الثُّلُثُ فُعِلَ ولو عَيَّنَ شيئًا ليُحَجَّ به عنه حَجّةَ الإسلام لم يَكْفِ إذْنُ الورثةِ أي ولا الوصيِّ لِمَنْ يَحُجّ عنه بل لا بُدَّ من الاستئجارِ؛ لأنّ هذا عقدُ مُعاوَضةٍ لا محضُ وصيّةٍ ذكرَه البُلْقينيُّ رحمه الله وظاهرٌ أنّ الجعالةَ كالإجارةِ نعم، لو قال إذا أحجَجْت له غيرَك فلَك كذا فاستأجَرَ لم يستَحِقَّ ما عَيّنَه الميّتُ ولا أُجْرةَ للمُباشِرِ بإذْنِه على التّركةِ كما لو حَجَّ عن غيرِه بغيرِ عقدٍ بل على مُستأجِره (فإنْ أوصَى بها من رَأْسِ المالِ أو) من (الثُّلُثِ عُمِلَ به) أي بقولِه ويكونُ في الأوّلِ لِلتّأكيدِ وفي الثاني لِقَصْدِ الرِّفقِ بورثَته إذا كان هناك وصايا أُخَرُ؛ لأنّ حَجّةَ الإسلام تُزاحِمُهما حينئذٍ فإنْ وفّى بها ما خَصَّها وإلا كُمِّلَتْ من رَأْسِ المالِ فإنْ لم يكن وصايا فلا فائِدةَ في نصِّه على الثُّلُثِ قال الجلالُ البُلْقينيُّ رحمه الله ولو ضافَ الوصيّةَ الزّائِدةَ على أُجْرةِ المثلِ إلى رَأْسِ المالِ كأحِجّوا عَنّي من رَأْسِ مالي بخمسِمِائةٍ، والأُجْرةُ من الميقات مِائَتانِ فهما من رَأْسِ المالِ والثّلَثْمِائةِ من الثُّلُثِ (وإنْ أطلقَ الوصيّةَ بها فمن رَأْسِ المالِ وقيلَ من الثُّلُثِ)؛ لأنّها من رَأْسِ المالِ أصالةً فذِكْرُها قرينةٌ على إرادَته الثُّلُثَ، ويَرُدُّه أنّه كما يُحْتَمَلُ ذلك يُحْتَمَلُ أنّه أرادَ التّأكيدَ.

وإذا وقَعَ التّرَدُّدُ وجَبَ الرُّجوعُ للأصلِ على أنّ الاحتمالَ الثانيَ أرجَحُ؛ لأنّ تقصيرَ الورثةِ في أداءِ حَقِّ الميّت الغالِبِ عليهم يُرَجِّحُ إرادةَ التّأكيدِ (ويُحَجُّ) عنه (من الميقات)؛ لأنّه الواجبُ فإنْ عَيَّنَ أبعد منه ووَسِعَه أو أقربَ منه الثُّلُثُ فُعِلَ وإلا فمن الميقات، ولو قال أحِجّوا عَنّي زَيْدًا بكذا لم يَجُزْ نَقْصُه عنه حيثُ خرج من الثُّلُثِ، وإن استأجَرَه الوصيُّ بدونِه أو وجد مَنْ يَحُجُّ بدونِه ومَحَلُّه كما هو ظاهرٌ إنْ كان المُعَيَّنُ أكثرَ من أُجْرةِ المثلِ لِظُهورِ إرادةِ الوصيّةِ له والتّبَرُّعِ عليه حينئذٍ وإلا جازَ نَقْصُه عنه ولو كان المُعَيَّنُ وارِثًا فالزّيادةُ على أُجْرةِ المثلِ وصيّةٌ لِوارِثٍ ففي الجواهرِ في أحِجّوا عَنّي زَيْدًا بألفٍ يُصْرَفُ إليه الألفُ، وإنْ زادتْ على أُجْرةِ المثلِ حيثُ وسِعَها الثُّلُثُ إنْ كان أجنبيًّا، وإلا تَوَقَّفَ الزّائِدُ على أُجْرةِ المثلِ على الإجازةِ، ولو حَجَّ غيرُ المُعَيَّنِ أو استأجَرَ الوصيُّ المُعَيَّنَ بمالِ نفسِه أو بغيرِ جنسِ الموصَى به أو صِفَته رجع القدرُ الذي عَيَّنَه الموصي لِورثَته، وعليه في الثانيةِ بأقسامِها أُجْرةُ الأجيرِ من مالِه، ولو عَيَّنَ قدرًا فقط فوُجِدَ مَنْ يرضى بأقَلَّ منه.

قال ابنُ عبدِ السّلام جازَ إحجاجُه والباقي للورثةِ، وقال الأذرَعيُّ الصّحيحُ وجوبُ صَرْفِ الجميعِ له ويَتعيَّنُ الجمعُ بما ذكرْته أوّلاً بأنْ يُحْمَلَ الأوّلُ على ما إذا كان المُعَيَّنُ قدرَ أُجْرةِ المثلِ عادةً، والثاني على ما إذا زاد عنها ثمّ رأيت في الجواهرِ فيما لو عَيَّنَ قدرًا فقط زائِدًا على أُجْرةِ المثلِ قيلَ يُحَجُّ بأُجْرةِ المثلِ فقط، وقيلَ يُحَجُّ بالمُعَيَّنِ كلِّه إنْ وسِعَه الثُّلُثُ وبه يُشْعِرُ نصُّه في الأُمِّ، وأجابَ به

وَللأجْنَبيِّ أنْ يَحُجَّ عَن الميِّتِ بغيرِ إذْنِه في الأصَحِّ. وَيُؤَدِّي الوارِثُ عنه الواجِبَ الماليَّ في كَفّارةٍ مُرَتَّبةٍ، ويُطْعِمُ ويَكْسو في المُخيَّرةِ، ....

الماوَرْديُّ واختارَه ابنُ الصّلاحِ اهـ. ولو عَيَّنَ الأجيرَ فقط أُحِجَّ عنه بأُجرةِ المثلِ فأقلَّ إنْ رَضيَ ذلك المُعَيَّنُ على الأوجَه أو شَخْصًا لا سنةً فأرادَ التّأخيرَ إلى قابِلٍ ففيه تَرَدُّدٌ، وبحث الأذرَعيُّ أنّه إنْ مات عاصيًا لِتأخيره مُتَهاوِنًا حتى مات أُنيبَ غيرُه رَفْعًا لِعِصيانِ الميِّت ولِوجوبِ الفوْريّةِ في الإنابةِ عنه وإلا أُخِّرَتْ إلى اليأسِ من حَجِّه؛ لأنّها كالتّطوُّعِ ولو امتنع أصلًا، وقد عُيِّنَ له قدرٌ أو لا أُحِجَّ غيرُه بأقلِّ ما يوجَدُ ولو في التّطوُّعِ، وفيما إذا عَيَّنَ قدرًا إنْ خرج من الثُّلُثِ فواضِحٌ، وإلا فمِقْدارُ أقلِّ ما يوجَدُ من أُجْرةِ مثلِ حَجِّه من الميقات من رَأسِ المالِ، والزّائِدُ من الثُّلُثِ.

(فرع): حيثُ استأجَرَ وصيٌّ أو وارِثٌ أو أجنَبيٌّ مَنْ يَحُجُّ عن الميِّت امتنعت الإقالةُ؛ لأنّ العقدَ وقَعَ للمَيِّت فلم يملكْ أحدٌ إبطاله وحَمَله غيرُ واحدٍ على ما لا مَصْلَحةَ في إقالته وإلا كأنْ عَجَزَ الأجيرُ أو خيفَ حَبْسُه أو فلَسُه أو قِلّةُ ديانَته جازَتْ قال الزّبيليُّ، ويُقْبَلُ قولُ الأجيرِ إلا إنْ رُئيَ يومَ عَرَفة بالبصْرةِ مثلًا حَجَجْت أو اعتَمَرْت بلا يَمينٍ، وأمّا بَحْثُ بعضِهم أنّه لا بُدَّ من يَمينِه وإلا صُدِّقَ مُستأجِرُه بيَمينِه أخذًا مِمّا مَرَّ في قولِ الوكيلِ أتَيْت بالتّصَرُّفِ المأذونِ فيه، وأنكر الموَكِّلُ فيُرَدُّ بأنّ العبادات يُتَسامَحُ فيها ألا ترى إلى ما مَرَّ أنّ الزّكاةَ ليس فيها يَمينٌ واجبةٌ وإن اتُّهِمَ، ودَلَّت القرينةُ على كذِبه ووارِثُ الأجيرِ مثلُه وفي إنْ حَجَجْت عَنّي فلَك كذا لا يُقْبَلُ إلا ببَيِّنةٍ وإلا حَلَفَ القائِلُ أنّه ما يعلَمُه حَجَّ عنه وفارَقت الجعالةُ الإجارةَ بأنّه هنا استَحَقَّ الأُجْرةَ بالعقدِ اللّازِمِ والأداءُ مُفَوَّضٌ إلى أمانَته وثَمَّ لا يستَحِقُّ إلا بالإتيانِ بالعمَلِ، والأصلُ عدمُه فلم يُقْبل قولُه فيه إلا ببَيِّنةٍ.

(وللأجنَبيِّ) فضْلًا عن الوارِثِ الذي بأصلِه، ومن ثَمَّ اختَصَّ الخلافُ بالأجنَبيِّ الشّامِلِ هنا لِقَريبٍ غيرِ وارِثٍ (أنْ يَحُجَّ عن الميِّت) الحجَّ الواجبَ كحَجّةِ الإسلام وإنْ لم يستَطِعْها الميِّتُ في حياته على المعتمدِ؛ لأنّها لا تَقَعُ عنه إلا واجبةً فأُلْحِقت بالواجبِ (بغيرِ إذْنِه) يعني الوارِثَ (في الأصَحِّ) كقضاءِ دَينه بخلافِ حِجِّ التّطَوُّعِ لا يَجوزُ عنه من وارِثٍ أو أجنَبيٍّ إلا بإيصائِه، وإنّما جعلْت الضّميرَ للوارِثِ على خلافِ السّياقِ؛ لأنّ مَحَلَّ الخلافِ حيثُ لم يأذَن الوارِثُ وإلا صَحَّ قطعًا وإنْ لم يوصِ الميِّتُ، ويصِحُّ بَقاءُ السّياقِ بحالِه من عَوْدِه للمَيِّت ولا يَرِدُ عليه ما ذُكِرَ من القطع؛ لأنّ إذْنَ وارِثِه أو الوصيِّ أو الحاكِمِ في نحوِ القاصِرِ قائِمٌ مَقامَ إذْنِه ويَجوزُ كونُ أجيرِ التّطَوُّعِ لا الفرضِ ولو نذرًا قِنًّا ومُمَيِّزًا ونازع فيه الأذرَعيُّ فقال لا ينبغي أنْ يستأجِرَ لِتَطَوُّعٍ أوصَى به إلا كامِلًا لا سيَّما، وهو يقعُ فرضَ كِفايةٍ وكالحجِّ زكاةُ المالِ والفطرِ ثمّ ما فُعِلَ عنه بلا وصيّةٍ لا يُثابُ عليه إلا إنْ عُذِرَ في التّأخيرِ كما قاله القاضي أبو الطّيِّبِ (ويُؤَدّي الوارِثُ) ولو عامًّا (عنه) من التّرِكةِ (الواجبَ الماليَّ ولو في كفّارةٍ مُرَتَّبةٍ) ككفّارةِ قتلٍ وظهارٍ ودَمِ نحوِ تَمَتُّعٍ ويكونُ الولاءُ في العتقِ للمَيِّت وكذا البدَنيُّ إنْ كان صومًا كما قدَّمَه فيه (ويُطْعِمُ ويَكْسو) الواوُ بمعنى أو (في المُخيَّرةِ) ككفّارةِ يَمينٍ ونحوِ حَلْقِ مُحْرِمٍ ونذرِ

والأصحُّ أنّه يُعْتِقُ أيْضًا، وأنّ له الأداءَ من مالِه إذا لم تَكُنْ تَرِكَةٌ، وأنّه يَقَعُ عنه لو تَبَرَّعَ أجْنَبِيٌّ بطَعامٍ أو كِسْوةٍ، لا إعْتاقٍ في الأصَحِّ. وَتَنْفَعُ الميِّتَ صَدَقَةٌ ودُعاءٌ من وارِثٍ وأجْنَبِيٍّ.

لِحاجٍّ (والأصحُّ أنّه يعتقُ) عنه من التّرِكةِ (أيضًا) كالمُرَتَّبةِ؛ لأنّه نائِبُه شرعًا فجازَ له ذلك، وإنْ كان الواجبُ من الخِصالِ في حَقِّه أقَلَّها قيمةً (و) الأصحُّ (أنّ له) أي الوارِثِ (الأداءَ من مالِه) في المُرَتَّبةِ والمُخَيَّرةِ (إذا لم يكن له تَرِكَةٌ) سواءٌ العتقُ وغيرُه كقَضاءِ الدّينِ، وكذا مع وجودِ التّرِكةِ أيضًا كما اعتمده جمعٌ منهم البُلْقينيُّ ووَجَّهَه بأنّ له إمساكَ عَينِ التّرِكةِ وقَضاءَ دَينِ الآدَميِّ المبنيِّ على المُضايَقة من مالِه فحَقُّ اللّه أولى، والتّعَلُّقُ بالعين موجودٌ فيهما، وتعلُّقُ العتقِ بعَينِ التّرِكةِ كما لا يمنعُ الوارِثَ من شراءِ غيرِ عَبيدِها، ويعتقُه كذلك لا يمنعُه من شراءِ ذلك من مالِ نفسِه حيثُ لم يَتعلَّق العتقُ بعَينِ عبدٍ (و) الأصحُّ (أنّه) أي ما فُعِلَ عنه من طَعامٍ أو كِسوةٍ (يقعُ عنه لو تبَرَّعَ أجنَبيٌّ) وهو هنا غيرُ الوارِثِ كما مَرَّ (بطَعامٍ أو كِسوةٍ) كقَضاءِ دَينه (لا إعتاقٍ) في مُرَتَّبةٍ أو مُخَيَّرةٍ (في الأصحِّ) لاجتماعِ بُعْدِ العبادةِ عن النّيابةِ وبُعْدِ إثباتِ الولاءِ للمَيِّت من غيرِ نائِبِه الشرعيِّ، وما في الروضةِ من جوازِه في المُرَتَّبةِ مَبنيٌّ على ضعيفٍ.

(وينفَعُ الميّتَ صَدَقة) عنه ومنها وقفٌ لِمُصْحَفٍ وغيرِه وحفرُ بئرٍ وغَرْسُ شَجَرٍ منه في حياته أو من غيرِه عنه بعدَ موته (ودُعاءٌ) له (من وارِثٍ وأجنَبيٍّ) إجماعًا وصَحَّ في الخبرِ: «إنّ اللّهَ تعالى يرفَعُ دَرَجةَ العبدِ في الجنّةِ باستغفارِ ولَدِه له» وهما مُخَصِّصانِ وقيلَ ناسِخانِ لقوله تعالى ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم:٣٩] إنْ أُريدَ ظاهرُه وإلا فقد أكثروا في تأويلِه، ومنه أنّه محمولٌ على الكافرِ أو أنّ معناه لا حَقَّ له إلا فيما سعَى.

وأمّا ما فُعِلَ عنه فهو محضُ فضلٍ لا حَقَّ له فيه، وظاهرٌ مِمّا هو مُقَرَّرٌ في مَحَلِّه أنّ المُرادَ بالحقِّ هنا نَوْعُ تعلُّقٍ ونِسبةٍ إذْ لا يستَحِقُّ أحدٌ على اللّه ثوابًا مُطلَقًا خلافًا للمُعتَزِلةِ ومعنى نفعِه بالصّدَقة أنّه يَصيرُ كأنّه تَصَدَّقَ، واستبعادُ الإمامِ له بأنّه لم يأمُرْ به ثمّ تأويلُه أنّه يقعُ عن المُصدِّقِ ويَنالُ الميِّتَ بَرَكتُه رَدَّه ابنُ عبدِ السّلام بأنّ ما ذكروه من وُقوعِ الصّدَقة نفسِها عن الميِّت حتى يُكْتَبَ له ثوابُها هو ظاهرُ السُّنّةِ قال الشافعيُّ رضي الله عنه وواسِعُ فضْلِ اللّه أنْ يُثيبَ المُصدِّقَ أيضًا ومن ثَمَّ قال أصحابُنا يُسَنُّ له نيّةُ الصّدَقة عن أبوَيْه مثلًا فإنّه تعالى يُثيبُهما ولا ينقُصُ من أجرِه شيئًا وقولُ الزّركشيّ ما ذُكِرَ في الوقفِ يلزمُه تقديرُ دخولِه في ملكِه، وتمليكُه الغيرَ ولا نظيرَ له ويُرَدُّ بأنّ هذا يلزمُ في الصّدَقة أيضًا، وإنّما لم ينظُروا له؛ لأنّ جَعْله كالمُتَصَدِّقِ محضُ فضلٍ فلا يَضُرُّ خُروجُه عن القواعِدِ لو احتيجَ لِذلك التقديرِ على أنّه لا يُحتاجُ إليه بل يصحُّ نحوُ الوقفِ عن الميِّت وللفاعِلِ ثوابُ البِرِّ وللمَيِّت ثوابُ الصّدَقة المُتَرَتِّبةِ عليه، ومعنى نفعِه بالدُّعاءِ حُصولُ المدْعوِّ به له إذا استُجيبَ واستجابتُه محضُ فضلٍ من اللّه تعالى لا تُسَمَّى ثوابًا عُرْفًا أمّا نفسُ الدُّعاءِ وثوابُه فهو لِلدّاعي؛ لأنّه شَفاعةٌ أجرُها لِلشّافِعِ

وأمّا ثوابُ القِراءةِ إلى سَيِّدِنا رَسولِ اللّه ﷺ فَمَنَعَ الشَّيْخُ تاجُ الدّينِ الفزاريّ منه وعَلَّله بأنّه لا يَتَجَرَّأُ على الجنابِ الرَّفيعِ إلّا بما أذِنَ فيه، ولم يأذَنْ إلّا في الصّلاةِ عليه ﷺ وسُؤالِ الوسيلةِ، قال الزّرْكَشيُّ: ولِهذا اخْتلَفوا في جَوازِ الدُّعاءِ له بالرّحْمةِ، وإنْ كانتْ بمعنى الصّلاةِ لِما في الصّلاةِ من معنى التَّعْظيمِ بخِلافِ الرّحْمةِ المُجَرَّدةِ، وجَوَّزَه بعضُهم واخْتارَه السُّبْكيُّ واحتَجَّ بأنّ ابنَ عُمَرَ رَضيَ اللّه تعالى عنهما كان يَعْتَمِرُ عَن النّبيِّ ﷺ عُمرةً بعد مَوْتِه من غيرِ وصيّةٍ. وحَكَى الغزاليُّ في الإحْياءِ عن عَليِّ بنِ الموفَّقِ وكان من طَبَقةِ الجُنَيْدِ أنّه حَجَّ عَن النّبيِّ ﷺ حِجَجًا، وعَدَّها الفُقّاعيُّ سِتّينَ حَجّةً، وعن محمّدِ بنِ إسْحاقَ السّرّاجِ النّيْسابوريِّ أنّه خَتَمَ عَن النّبيِّ ﷺ أكْثَرَ من عَشْرةِ آلافِ خَتْمةٍ وضَحَّى عنه مِثْلَ ذلك اهـ. ولَكِنّ هَؤُلاءِ أئِمّةٌ مُجْتَهِدونَ فإنّ مَذْهَبَ الشّافِعيِّ أنّ التَّضْحيةَ عَن الغيْرِ بغيرِ إذْنِه لا تَجوزُ كما صَرَّحَ به المُصَنِّفُ في باب الأُضْحيّةِ، وعِبارَتُه هُناكَ: ولا تَضْحيةَ عَن الغيْرِ بغيرِ إذْنِه، ولا عَن الميِّتِ إذا لم يوصِ بها.

ومقصودُها للمَشْفوعِ له وبه فارَقَ ما مَرَّ في الصّدَقة نعم، دُعاءُ الولدِ يحصُلُ ثوابُه نفسُه للوالِدِ الميِّت؛ لأنّ عَمَلَ ولَدِه لِتَسَبُّبه في وجودِه من جُمْلةِ عَمَلِه كما صرّح به خبرُ **«ينقطعُ عَمَلُ ابنِ آدَمَ إلا من ثلاثٍ»** ثمّ قال: **«أو ولَدٍ صالِحٍ»** أي مسلم **«يدعو له»**[1] جعلَ دُعاءَه من عَمَلِ الوالِدِ، وإنّما يكونُ منه ويُستَثنَى من انقطاعِ العمَلِ إنْ أُريدَ نفسُ الدُّعاءِ لا المدْعوُّ به وأفْهَمَ المتنُ أنّه لا ينفعُه غيرُ ذينك من سائرِ العبادات ولو القِراءةَ نعم، ينفعُه نحوُ رَكْعَتَي الطّوافِ تبَعًا للحَجِّ والصوم عنه السّابِقِ في بابه وفارَقَ كالحجِّ القِراءةَ لاحتياجِه فيهما لِبراءةِ ذِمَّته مع أنّ للمالِ فيهما دَخْلًا ومن ثَمّ لو مات وعليه قِراءةٌ مَنْذورةٌ احتَمَلَ كما قاله السُّبْكيُّ جوازَها عنه وفي القِراءةِ وجهٌ وهو مذهبُ الأئِمّةِ الثلاثةِ على اختلافٍ فيه عن مالِكٍ بوُصولِ ثوابِها للمَيِّت بمُجَرَّدِ قصْدِه بها ولو بعدَها، واختارَه كثيرون من أئِمَّتنا قيلَ فينبغي نيَّتُها عنه لاحتمالِ أنّ هذا القولَ هو الحقُّ في نفسِ الأمرِ أي فينوي تقليدَه لِئَلّا يتلَبَّسَ بعبادةٍ فاسِدةٍ في ظَنِّه ولا يُنافيه في رِعايةِ احتمالِ كونِه الحقَّ مُنازعةُ السُّبْكيّ في بعضِ ماصَدَقاته حيثُ قال لم يُصَرِّحْ أحدٌ بأنّ مُجَرَّدَ النّيّةِ بعدَها يكفي قال ومَنْ عَزاه لِلشّالوسيِّ من أصحابِنا فقد وهِمَ؛ لأنّه إنّما يقولُ بإفادةِ الجُعْلِ والظّاهرُ أنّه لا يُشْتَرَطُ الدُّعاءُ وعليه فهو ليس من الإيثارِ بالقُربِ المختَلَفِ في حرمَته؛ لأنّ الذي منه أنْ يقرَأ عنه أو له؛ لأنّ جَعْله عبادَتَه نفسَها لِغيرِه يُخرِجُه عن كونِه مُتَقَرِّبًا بها لِربِّه، وإنّما الذي فيه تَصَرُّفُه في الثوابِ وهو غيرُ القُربةِ بجَعْلِه لِغيرِه ولم يُقَلْ به؛ لأنّ الشرعَ لم يَجْعَلْ له تَصَرُّفًا فيه قبلَ حُصولِه ولا بعدَه بنيّةٍ ولا جُعْلٍ لَكِنّه خالف ذلك فقال كابنِ الرِّفعةِ الذي دَلَّ عليه الخبرُ بالاستنباطِ أنّ بعضَ القُرآنِ إذا قُصِدَ به نفعُ الميِّت نَفعه إذْ قد ثَبَتَ أنّ **«القارِئَ لَمّا قصَدَ**

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

....

بِقراءَته نفعَ الملْدوغ نَفعتْه، وأقرّ ذلك ﷺ بقولِه: «وما يُدريك أنها رُقْيةٌ؟»[1] وإذا نَفعت الحيَّ بالقصْدِ كان نفعُ الميِّت بها أولى اهـ ولَك رَدُّه بأنّ الكلامَ ليس في مُطْلَقِ النّفْع بل في حُصولِ ثوابِها له، وهذا لا يَدُلُّ عليه حديثُ الملْدوغ لِما قرَّرَه هو أنّ الشرعَ لم يَجْعَلْ له تَصرُّفًا فيه بنيّةٍ ولا بجُعْلٍ نعم، حَمَلَ جمعٌ عدمَ الوُصولِ الذي قال عنه المُصَنِّفُ في شرحِ مسلم: إنّه مَشْهورُ المذهبِ على ما إذا قرأ لا بحَضْرةِ الميِّت ولم ينوِ القارئُ ثوابَ قِراءَته له أو نَواه ولم يدعُ له أمّا الحاضِرُ ففيه خلافٌ مَنْشَؤُه الخلافُ في أنّ الاستئْجارَ للقِراءةِ على القبرِ يُحْمَلُ على ماذا فالذي اختارَه في الروضةِ أنّه كالحاضِرِ في شُمولِ الرّحْمةِ النّازلةِ عندَ القِراءةِ له، وقيلَ محمَلُها أنْ يُعقِّبَها بالدُّعاءِ له، وقيلَ أنْ يَجْعَلَ أجرَه الحاصِلَ بقِراءَته للمَيِّت وحَمَلَ الرّافِعيُّ على هذا الأخيرِ الذي دَلَّ عليه عَمَلُ النّاسِ وفي الأذكارِ أنّه الاختيارُ قولُ الشّالوسيِّ إنْ قرأ ثمّ جعلَ الثوابَ للمَيِّت لَحِقَه وأنتَ خَبيرٌ أنّ هذا كالثاني صريحٌ في أنّ مُجَرَّدَ نيّةِ وُصولِ الثوابِ للمَيِّت لا يُفيدُ ولو في الحاضِرِ، ولا يُنافيه ما ذكرَه الأوّلُ؛ لأنّ كونَه مثله فيما ذُكِرَ إنّما يُفيدُه مُجَرَّدُ نفعٍ لا حُصولُ ثوابِ القِراءةِ الذي الكلامُ فيه، وقد نصَّ الشافعيُّ والأصحابُ على نَدْبِ قِراءةِ ما تَيَسَّرَ عندَ الميِّت والدُّعاءِ عَقِبَها أي؛ لأنّه حينئذٍ أرجَى للإجابةِ، ولأنّ الميِّتَ يَنالُه بَرَكةُ القِراءةِ كالحيِّ الحاضِرِ لا المُستَمِعِ؛ لأنّ الاستماعَ يستَلْزِمُ القصْدَ فهو عَمَلٌ وهو مُنْقَطِعٌ بالموت وسَماعُ الموتَى هو الحقُّ وإنْ قيلَ لا يَلزمُ من السّلام عليهم سماعُهم؛ لأنّ القصْدَ به الدُّعاءُ بالسّلامةِ لهم من الآفات كما في السّلامُ عليك أيُّها النّبيُّ ورَحْمةُ اللّه وبَرَكاتُه السّلامُ علينا وعلى عبادِ اللّه الصّالِحين قال ابنُ الصّلاحِ وينبغي الجزمُ بنفعِ اللّهُمَّ أوصِلْ ثوابَ ما قرأناه أي مثله فهو المُرادُ، وإنْ لم يُصَرِّحْ به لِفُلانٍ؛ لأنّه إذا نَفعه الدُّعاءُ بما ليس لِلدّاعي فما له أولى، ويَجْري هذا في سائِرِ الأعمالِ وبِما ذكرَه في أوصِلْ ثوابَ ما قرأناه إلى آخِرِه يندَفِعُ إنْكارُ البُرْهانِ الفزاريِّ قولَهم اللّهُمَّ أوصِلْ ثوابَ ما تَلوته إلى فُلانٍ خاصّةً وإلى المسلمين عامّةً؛ لأنّ ما اختَصَّ بشَخْصٍ لا يُتَصَوَّرُ التعميمُ فيه اهـ ثمّ رأيت الزّركشيَّ قال الظّاهرُ خلافُ ما قاله فإنّ الثوابَ يتفاوَتُ فأعْلاه ما خَصَّه وأدْناه ما عَمَّه وغَيَّرَه واللّه تعالى يتصَرَّفُ فيما يُعْطيه من الثوابِ بما يَشاءُ ومَنَعَ التّاجُ الفزاريّ من إهداءِ القُرَبِ لِنَبيِّنا ﷺ مُعَلِّلًا له بأنّه لا يُتَجَرَّأُ على جَنابه الرّفيعِ بما لم يُؤْذَنْ فيه شيءٌ انفَرَدَ به ومن ثَمّ خالفه غيرُه واختارَه السُّبْكيُّ رحمه الله، ومَرَّ في الإجارةِ ما له تعلُّقٌ بذلك ولو أوصَى بكذا لِمَنْ يقرَأُ على قبرِه كلَّ يومِ جُزْءَ قُرآنٍ، ولم يُعَيِّن المُدّةَ صَحَّ ثمّ مَنْ قرأ على قبرِه مُدّةَ حياته استَحَقَّ الوصيّةَ وإلا فلا كذا أفتى به بعضُهم وفي فتاوَى الأصبَحيِّ لو أوصَى بوَقْفِ أرضٍ على مَنْ يقرَأُ على قبرِه حُكِّمَ العُرْفُ في غَلّةِ كلِّ سنةٍ بسَنَتِها فمَنْ قرأ بعضَها استَحَقَّ بالقِسطِ أو كلَّها استَحَقَّ غَلّةَ السّنةِ كلِّها

(١) [صحيح] وهو جزء من حديث أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٢١٥٦]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ٢٢٠١]، وغيرهما من حديث: أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

فَصْلٌ

له الرُّجوعُ عَن الوصيّةِ وعن بعضِها بقولِه: نَقَضْتُ الوصيّةَ أو أبْطَلْتها أو رَجَعْتُ فيها أو فَسَخْتُها أو هذا لِوارِثي.

أو بنفسِ الأرضِ فإنْ عَيَّنَ مُدّةً لم يستَحِقَّ الأرضَ إلا مَنْ قرأ جميعَ المُدّةِ، وإنْ لم يُعَيِّنْ مُدّةً فالاستحْقاقُ تعلّقَ بشرطٍ مجهولٍ لا آخِرَ لِوقته فيُشْبِه مسألةَ الدّينارِ المجهولةِ اهـ ومُرادُه بمسألةِ الدّينارِ ما مَرَّ في الفرعِ قبلَ قولِه وتَصِحُّ بحَجٍّ تَطَوُّعٍ واعتُرِضَ بأنّه لا يُشْبِهُها أي لإمكانِ حملِ هذا على أنّه شَرَطَ لاستحْقاقِ الوصيّةِ قِراءَتَه على قبرِه جميعَ حياته فلْيُحْمَلْ عليه تصحيحًا لِلَّفظِ ما أمكنَ ومَرَّ في الوقفِ ما له تعلُّقٌ بذلك فراجِعْهُ.

فصل في الرُّجوعِ عن الوصيّةِ

(له الرُّجوعُ عن الوصيّةِ) إجماعًا وكالهِبةِ قبلَ القبضِ بل أولى ومن ثَمَّ لم يرجعْ في تَبَرُّعٍ نَجَّزَه في مَرَضِه وإن اعْتُبِرَ من الثُّلُثِ؛ لأنّه عقدٌ تامٌّ إلا إنْ كان لِفرعِه (وعن بعضِها) ككلِّها ولا تُقْبَلُ بَيِّنةُ الوارِثِ به إلا إنْ تعرَّضَتْ لِكونِه بعدَ الوصيّةِ ولا يكفي عنه قولُها رجع عن جميعِ وصاياه ويحصُلُ الرُّجوعُ (بقولِه نقَضتُ الوصيّةَ أو أبطَلْتها أو رَجَعْت فيها أو فَسَختها) أو رَدَدْتها أو أزَلْتها أو رَفَعْتها وكلُّها صَرائِحُ كهو حرامٌ على الموصَى له والأوجَه صحّةُ تعليقِ الرُّجوعِ عنها على شرطٍ لِجوازِ التعليقِ فيها فأولى في الرُّجوعِ عنها (أو) بقولِه (هذا) إشارةً إلى الموصَى به (لِوارِثي) أو ميراثٌ عَنّي وإنْ لم يَقُلْ بعدَ موتي سواءٌ أنَسيَ الوصيّةَ أم ذكرَها؛ لأنّه لا يكونُ كذلك إلا وقد أبطَلَ الوصيّةَ فيه فصار كقولِه رَدَدْتُها، ويُفَرَّقُ بينه وبين ما لو أوصَى بشيءٍ لِزَيْدٍ ثمّ به لِعمرٍو فإنّه يُشْرَكُ بينهما لاحتمالِ نِسيانِه للأولى بأنّ الثانيَ هنا لَمّا ساوَى الأوّلَ في كونِه موصًى له وطارِئًا استحْقاقُه لم يُمْكِنْ ضَمُّه إليه صريحًا في رَفْعِه فأثَّرَ فيه احتمالُ النّسيانِ وشَرِكْنا إذْ لا مُرَجِّحَ بخلافِ الوارِثِ فإنّه مُغايِرٌ له واستحْقاقُه أصليٌّ فكأنّ ضَمَّه إليه رافِعًا لِقوّته ثمّ رأيت مَنْ فرَّقَ بقَريبٍ من ذلك لكن هذا أوضَحُ وأبيَنُ كما يُعْلَمُ بتأمُّلِهما، ومَنْ فرَّقَ بأنّ عمرًا لَقَبٌ ولا مفهومَ له ووارِثي مفهومُه صحيحٌ أي لا لِغيرِه وفيه ما فيه على أنّه مُنْتَقَضٌ بما لو أوصَى لِزَيْدٍ بشيءٍ، ثمّ أوصَى به لِعَتيقِه أو قريبه غيرِ الوارِثِ فإنّ صريحَ كلامِهم التّشريكُ بينهما هنا مع أنّ الثانيَ له مفهومٌ صحيحٌ فتعيَّنَ ما فرَّقْت به ولا أثَرَ لِقولِه هو من تَركتي وعُلِمَ من قولِنا إذْ لا مُرَجِّحَ أنّه لو قال بما أوصَيْت به لِعمرٍو أو أوصَى بشيءٍ للفُقَراءِ ثمّ أوصَى ببيعِه وصَرْفِ ثمنِه للمَساكينِ أو أوصَى به لِزَيْدٍ ثمّ بعتقِه أو عكسِه كان رُجوعًا لِوجودِ مُرَجِّحِ الثانيةِ من النّصِّ على الأولى الرّافِعِ لاحتمالِ النّسيانِ المقتضي لِلتّشريكِ، ومن ثَمَّ لو كان ذاكِرًا للأولى اختَصَّ بها الثاني كما بحث.

ومن كونِ الثانيةِ مُغايِرةً للأولى فيَتعذَّرُ التّشريكُ وقد يُنازِعُ في ذلك البحثِ تعليلُهم التّشريكَ باحتمالِ إرادَته له دون الرُّجوعِ إلا أنْ يُقال هذا الاحتمالُ لا أثَرَ له؛ لأنّه يأتي في هذا لِوارِثي فالوجه

وَبَيْعٍ وإعْتاقٍ وإصْداقٍ وكذا هِبةٍ أو رَهْنٍ مع قَبْضٍ وكذا دونَه في الأَصَحِّ، وبوَصيّةٍ بهَذِه التَّصَرُّفاتِ، وكذا تَوْكيلٌ في بَيْعِه وعَرَضَه عليه في الأَصَحِّ. وَخَلْطُ حِنْطةٍ مُعَيَّنةٍ رُجوعٌ.

ما سبَقَ وسُئِلْت عَمّا لو أوصَى بثُلُثِ مالِه إلا كُتُبَه ثمّ بعدَ مُدّةٍ أوصَى له بثُلُثِ مالِه ولم يستَثنِ هل يُعْمَلُ بالأولى أو بالثانيةِ فأجَبْت بأنّ الذي يظهرُ العمَلُ بالأولى؛ لأنّها نصٌّ في إخراجِ الكُتُبِ والثانيةُ مُحْتَمِلةٌ أنّه تَرَكَ الاستثناءَ فيها لِتصريحِه به في الأولى، وأنّه تَرَكه إبطالاً له والنَّصُّ مُقَدَّمٌ على المُحْتَمَلِ وأيضًا فقاعِدةُ حملِ المُطْلَقِ على المُقَيَّدِ تَقَدَّمَ المُقَيَّدُ أو تأخَّرَ تُصَرِّحُ بذلك ويُفَرَّقُ بينه وبين ما يأتي فيما لو أوصَى له بمِائةٍ ثمّ بخمسين بأنّ الثانيةَ ثَمَّ صريحةٌ في مُناقَضةِ الأولى وإنْ قُلْنا إنّ مفهومَ العددِ ليس بحُجّةٍ؛ لأنّ مَحَلَّه حيثُ لا قرينةَ كما هو معلومٌ من مَحَلِّه، وهنا القرينةُ المُناقَضةُ فعُمِلَ.

بالثانيةِ لأنّها المُتَيَقَّنةُ فهي عكسُ مسألَتنا؛ لأنّ المُتَيَقَّنَ فيها هو الأولى كما تقرّر ولا يتأتّى هنا اعتبارُهم نِسيانَ الأولى فيما مَرَّ؛ لأنّهم إنّما اعتبَروه في الوصيّةِ لاثنين فقالوا فيها بالتّشريكِ بخلافِ الوصيَّتَين لِواحدٍ فإنّ الثانيةَ وصيّةٌ مُبْطِلةٌ للأولى فاحتيطَ لها باشتراطِ تَحَقُّقِ مُناقَضتِها للأولى فتأمّلْ ذلك فإنّه دَقيقٌ، ولو أوصَى بأمةٍ وهي حامِلٌ لِواحدٍ وبِحملِها لِآخرَ أو عَكسَ شُرِك بينهما في الحملِ بناءً على أنّ الوصيّةَ بالحامِلِ تَسري لِحملِها؛ لأنّه حينئذٍ تَوارَدَتْ عليه وصيّتانِ لاثنين فشَرِكْنا بينهما فيه وإنْكارُها بعدَ أنْ سُئِلَ عنها رُجوعٌ إنْ كان لِغيرِ غَرَضٍ (وبيعٌ) وإنْ فُسِخَ في المجلِسِ (وإعتاقٌ) وتعليقُه وإيلادٌ وكِتابةٌ (وإصداقٌ) لِما وصَّى به، وكلُّ تَصَرُّفٍ ناجزٍ لازمٌ إجماعًا، ولأنّه يَدُلُّ على الإعراضِ عنها (وكذا هِبةٌ أو رَهْنٌ) له (مع قبضٍ) لِزَوالِ الملكِ في الهِبةِ وتعريضِه للبيعِ في الرّهْنِ (وكذا دونَه في الأصحِّ) لِدَلالتِهما على الإعراضِ وإنْ لم يوجَدْ قبولٌ بل وإنْ فسَدا من وجهٍ آخرَ على الأوجَه (ويوصيه بهذه التّصرُّفات) البيعِ وما بعدَه لإشعارِها بالإعراضِ (وكذا توكيلٌ في بيعِه وعَرْضِه) يصحُّ رَفْعُه، وكذا جَرُّه فيُفيدُ أنّ توكيلَه في العرْضِ رُجوعٌ (عليه في الأصحِّ) بخلافِ نحوِ تزويجِ لِمَنْ لم يَنُصَّ له على التّسَرّي بها ووَطْءٍ وإنْ أَنْزلَ ولا نَظَرَ لإفضائِه لِما به الرُّجوعُ لِبُعْدِه بخلافِ العرْضِ؛ لأنّه يوصِلُ غالِبًا لِما به الرُّجوعُ ومَرَّ أنّه لو أوصَى له بمنفعةِ شيءٍ سنةً ثمّ آجَرَه سنةً ومات عَقِبَ الإجارةِ بَطَلَت الوصيّةُ؛ لأنّ المُستحَقَّ بها هي السّنةُ التي تَلي الموتَ، وقد صَرَفَها لِغيرِها فإنْ مات بعدَ نصفِها بَقِيَ له نصفُها الثاني، ولو حَبَسَه الوارثُ السّنةَ بلا عُذْرٍ غَرِمَ للموصَى له الأُجْرةَ أي أُجْرةَ مثلِه تلك المُدّةَ كما هو ظاهرٌ ومن العُذْرِ حَبْسُه من غيرِ انتفاعٍ لإثباتِ الوصيّةِ كما هو ظاهرٌ أيضًا وكذا لِطَلَبِه من القاضي مَنْ تكونُ العيْنُ تحتَ يَدِه خوفَ خيانةِ الموصَى له فيها لِقَرينةٍ فيما يظهرُ (وخَلْطُه حِنطةً مُعَيَّنةً) وصَّى بها بمثلِها أو أجوَدَ أو أردأَ بحيثُ لا يُمْكِنُ التميزُ منه أو من مأذونِه (رُجوعٌ) لِتعذُّرِ التّسليمِ بما أحدَثَه في العينِ بخلافِ ما إذا أمكنَ التميزُ أو اختلَطَتْ بنفسِها أو كان الخلْطُ من غيرِه بغيرِ إذْنِه على الأوجَه لِما يأتي من الفرقِ بين الهدْمِ ونحوِ الطّحْنِ.

ولو وصَّى بصاعٍ من صُبْرةٍ فَخلَطَها بأجْوَدَ منها فَرُجوعٌ أو بمِثْلِها، فلا، وكذا بأردأَ في الأصَحِّ. وَطَحْنُ حِنْطةٍ وصَّى بها وبَذْرُها وعَجْنُ دَقيقٍ وغَزْلُ قُطْنٍ ونَسْجُ غَزْلٍ وقَطْعُ ثَوْبٍ قَميصًا وبِناءٌ وغِراسٌ في عَرْصةٍ رُجوعٌ.

(تنبيهٌ) كذا أطلقوا الغيرَ هنا وهو مُنافٍ لِقولِهم في الغصبِ لو صَدَرَ خَلْطٌ ولو من غيرِ الغاصِبِ لِمغصوبٍ مثليٍّ أو مُتَقَوِّمٍ بما لا يتمَيَّزُ من جنسِه أو غيرِه أجوَدَ أو أردَأَ أو مُماثِلًا كان إهلاكًا فيملكُه الغاصِبُ، وكذا لو غَصَبَ من اثنين شيئَين وخَلَطَهما كذلك فيملكُهما أيضًا بخلافِ خَلْطِ مُتماثِلينِ بغيرِ تعدٍّ فإنّه يُصَيِّرُهما مشترَكين ا هـ وحينئذٍ فيَتعيَّنُ فرضُ ما هنا في خَلْطٍ لا يقتضي ملكَ المخلوطِ للخالِطِ وإلا بَطَلَت الوصيّةُ ولا شَرِكةَ وإلا بَطَلَتْ في نصفِه لاستلْزامِ الشّرِكةِ خُروجَ نصفِ الموصَى به عن ملكِ الموصي أو وارِثِه إلى ملكِ الخالِطِ وفَرَّعَ شيخُنا رحمه الله على عدمِ الرُّجوعِ أنّ الزّيادةَ الحاصِلةَ بالجوْدةِ غيرُ مُتَمَيِّزةٍ فتَدْخُلُ في الوصيّةِ وفيه نَظَرٌ لِما تقرّر أنّ الخلْطَ إنْ كان بفعلِ الموصي أو مأذونِه أو أجنَبيٍّ ومُلِك بَطَلَتْ أو لا بفعلِ أحدٍ أو أجنَبيٍّ ولم يُمْلَكْ ولا شارَك فكيف يملكُ الموصَى له صِفة لم تنشَأ من الموصي ولا نائِبِه فالذي يظهرُ أنّه يُحْمَلُ على ما إذا لم تَزِد القيمةُ بذلك الخلْطِ، وإلا وجَبَ لِمالِكِ الجيِّدِ المختَلِطِ التّفاوُتُ بين ما حَصَلَ له بتقديرِ خَلْطِ غيرِ الجيِّدِ به وما حَصَلَ للموصَى له بتقديرِ خَلْطِ الجيِّدِ به. (**ولو أوصَى بصاعٍ من صُبْرةٍ**) مُعَيَّنةٍ (**فخَلَطَها**) هو أو مأذونُه (**بأجوَدَ منها**) خَلْطًا لا يُمْكِنُ معه التمييزُ (**فرُجوعٌ**)؛ لأنّه أحدَثَ بالخلْطِ زيادةً لم يرضَ بتَسليمِها ولا يُمْكِنُ بدونِها (**أو مثلِها فلا**) قطعًا؛ لأنّه لم يُحْدِث تَغْييرًا إذْ لا فرقَ بين المثلينِ (**وكذا بأردأَ في الأصحِّ**) قياسًا على تعييبِ الموصَى به أو إتلافِ بعضِه، ولو تَلِفت إلا صاعًا فهل يَتعيَّنُ للوَصيّةِ عُلِمت صيعانُها أو لا أو يُفَرَّقُ كما في البيع بين المعلومةِ فيُنَزَّلُ على الإشاعةِ والمجهولةِ فإذا بَقِيَ صاعٌ منها تعيَّنَ للوَصيّةِ كلٌّ مُحْتَمَلٌ وعلى الأوّلِ الأقرَبِ يُفَرَّقُ بأنّ الملك ثَمَّ قارَنَ آخِرَ الصّيغةِ فنَظَرْنا فيه بين تنزيلِه على المُتَبادَرِ من الإشاعةِ أو عدمِها وهنا لا ملك إلا بعدَ الموت والقبولِ ولا نَدْري هل تلك المُعَيَّنةُ تبقَى عندَه أو لا فصَحَّحْناها في صاعٍ من الموجودِ منها عندَ الموت، ولم نَنْظُرْ للمعلومةِ الصّيعانِ وغيرِها؛ لأنّ الوصيّةَ إحسانٌ وبِرٌّ والمقصودُ تصحيحُها فيما ذكرَه الموصي ما أمكنَ ومَرَّ فيما لو أوصَى بأحدِ رَقيقيه فلم يَبْقَ إلا واحدٌ ما يُؤَيِّدُ ما ذكرْته (**وطَحْنُ حِنطةٍ**) مُعَيَّنةٍ (**وصَّى بها**) أو ببعضِها (**وبَذْرُها وعَجْنُ دَقيقٍ**) وطَبْخُ لَحمٍ وشَيُّه وجَعْلُه وهو لا يَفْسُدُ قديدًا (**وغَزْلُ قُطْنٍ**) أو جَعْلُه حَشْوًا ما لم يَتَّحِد الموصَى له بالثوْبِ والقُطْنِ كما بحثه الأذرَعيُّ رحمه الله ويَلْحَقُ به نَظائِرُه بشرطِ أنْ لا يَزولَ اسمُ أحدِ العيْنَين بما فعله وجَعْلُ خَشَبةٍ بابًا وخَبْزِ فتيتًا وعَجينٍ خُبْزًا، والفرقُ بينه وبين تجفيفِ الرُّطَبِ غيرُ خَفيٍّ إذْ هو يُقْصَدُ به البقاءُ فهو كخياطةِ ثَوْبٍ مقطوعٍ أوصيَ به وكتقديدِ لَحم يَفْسُدُ ويُفَرَّقُ بين هذا وخَبْزِ العجينِ مع أنّه يَفْسُدُ لو تُرِك بأنّ التّهْيِئةَ للأكلِ في الخُبْزِ أغلَبُ وأظهرُ منها في القديدِ (**ونَسجُ غَزْلٍ وقَطعُ ثَوْبٍ قميصًا**) مثلًا (**وبِناءٌ وغِراسٌ في عَرْصةٍ رُجوعٌ**) إنْ كان بفعلِه أو بفعلِ

مأذونه سواءٌ أسَمّاه باسمِه أم قال بهذا أو بما في هذا البيت مثلاً لإشعارِ ذلك كلِّه بالإعراضِ هذا كلُّه في المُعَيَّنِ كما تقرّر فلو أوصَى بنحوِ ثُلُثِ مالِه، ثمّ تَصَرَّفَ في جميعِه ولو بما يُزيلُ الملك لم يكن رُجوعًا؛ لأنّ العبرةَ بثُلُثِ مالِه الموجودِ عندَ الموت لا الوصيّةِ ولو اختصَّ نحوُ الغِراسِ ببعضِ العرْصةِ اختصَّ الرُّجوعُ بمَحَلِّه، وقد يُراعَى تغْييرُ الاسم كما إذا أوصَى بدارٍ، ثمّ انهدَمت في حياته بنفسِها أو بفعلِ الغيرِ فإنّه رُجوعٌ في النَّقْضِ دون العرْصةِ والاسم أو بفعلِه فإنّه رُجوعٌ في الكلِّ لِزَوالِ الاسم عنه بالكلّيّةِ بخلافِه فيما مَرَّ في نحوِ طَحْنِ الحِنْطةِ؛ لأنّه يُقالُ دَقيقُ حِنْطةٍ فلم يُؤَثِّرْ فيه إلا فعلُه أو فعلُ مأذونِه، والحاصِلُ أنّه مع أحدِ هذينِ يُقَدَّمُ المُشْعِرُ بالإعراضِ إشعارًا قويًّا، وإنْ لم يَزُل الاسمُ ومع عدمِهما لا يُنْظَرُ إلا لزَوالِ الاسمِ بالكلّيّةِ فتأمّلْه وخرج بالبِناءِ والغِراسِ الزَّرْعُ وبِقَطْعِ الثوْبِ لُبْسُه لضَعْفِ إشعارِهِما بذلك.

ومن ثَمَّ لو دامَ بَقاءُ أُصولِه أي بالمعنى السّابِقِ في الأُصولِ والثِّمارِ فيما يظهرُ ثمّ رأيت في كلام الأذرَعيّ ما يُفْهِمُه كان كالغِراسِ ومَرَّ أنّه لو أوصَى بشيءٍ لِزَيْدٍ ثمّ لِعمرٍو شُرِك بينهما؛ لأنّ الجُمْلةَ اثنانِ ونِسبةُ كلٍّ إليها النّصفُ فهو على طِبْقِ ما يأتي عن الشيخينِ خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه زاعِمًا أنّ مَحَلَّ التّشريكِ هنا هو مَحَلُّ الرُّجوعِ نظيرُ ما يأتي عن الإسنَويّ فإنْ رَدَّ أحدُهما أخذَ الآخرُ الجميعَ بخلافِ ما لو أوصَى به لهما ابتداءً فرَدَّ أحدُهما يكونُ النّصفُ للوارِثِ دون الآخرِ؛ لأنّه لم يوجَدْ له إلا النّصفُ نصًّا، ولو أوصَى بها لِواحدٍ ثمّ بنصفِها لِآخرَ كانت أثلاثًا للأوّلِ ثُلُثاها ولِلثّاني ثُلُثُها، وزعم الإسنَويُّ أنّ هذا غَلَطٌ، وأنّ الصّوابَ أنّها أرباعٌ بناءً على أنّ مَحَلَّ التّشريكِ هو مَحَلُّ الرُّجوعِ هو الغلَطُ كما قاله البُلْقينيُّ؛ لأنّ المرْعيَّ عندَهم في ذلك طَريقة العولِ بأنْ يُضافَ أحدُ المالينِ للآخرِ، ويُنْسَبُ كلٌّ منهما للمجموعِ فيُقالُ هنا معنا مالٌ ونصفُ مالٍ يُزادُ النّصفُ على الجُمْلةِ يَصيرُ معنا ثلاثةٌ تُقْسَمُ على النّسبةِ لِصاحِبِ المالِ الثُّلُثانِ ولِصاحِبِ النّصفِ الثُّلُثُ فإنْ كان الوصيّةُ للآخرِ بالثُّلُثِ كان له الرُّبُعُ وفي الأوّلِ لو رَدَّ الثانيَ فالكلُّ للأوّلِ أو الأوّلَ فالنّصفُ لِلثّاني، ووقع لِشارِحٍ خلافُ ذلك وهو تَحْريفٌ ولو أوصَى له مَرّةً ثمّ مَرّةً تأتي هنا في التّعَدُّدِ والاتّحادِ ما مَرَّ في الإقرارِ كما أشارَ إليه بعضُهم ويُرَدُّ عليه.

ما لو أوصَى بمِائةٍ ثمّ خمسين ليس له إلا الخمسون لِتَضَمُّنِ الثانيةِ الرُّجوعَ عن بعضِ الأولى، ذكرَه المُصَنِّفُ وأخذَ منه بعضُهم أنّه لو أوصَى بثُلُثِه لِزَيْدٍ ثمّ بثُلُثِه له ولِعمرٍو تَناصَفاه وبَطَلَت الأولى، ويُؤْخَذُ منه أيضًا أنّه لو أوصَى لِزَيْدٍ بثُلُثِ مالِه ثمّ أوصَى ثانيًا لِعمرٍو بثُلُثِ غَنَمِه ولِزَيْدٍ الأوّلِ بثُلُثِ نَخْلِه ولم يَتعرَّضْ لِباقي الثُّلُثِ أنّ زَيْدًا ليس له إلا ثُلُثَ النّخْلِ وبَطَلَتْ وصيّتُه الأولى؛ لأنّ الثانيةَ أقَلُّ منها، والحاصِلُ أنّ مَحَلَّ قولِهم لو أوصَى لِزَيْدٍ بشيءٍ ثمّ أوصَى به لِعمرٍو تَناصَفاه ما لم يوصِ لِزَيْدٍ ثانيًا بما هو أقَلُّ من حِصَّته في الأولى، وإلا بَطَلَتْ في الحِصّةِ ولم يكن له سِوَى الثانيةِ ثمّ ما بَطَلَتْ

فَصْلٌ

يُسَنُّ الإيصاءُ بقَضاءِ الدَّيْنِ وتَنْفيذِ الوصايا ....

فيه يَعودُ للورثةِ لا لِعمرٍو كما هو واضِحٌ ولو أوصَى لِزَيْدٍ بعَيْنٍ ثمّ لِعمرٍو بثُلُثِ مالِه كان لِعمرٍو رُبُعُها؛ لأنّها من جُمْلةِ مالِه الموصَى له بثُلُثِه فهو كما لو أوصَى لإنسانٍ بعَيْنٍ ولِآخرَ بثُلُثِها فيكونُ للآخرِ رُبُعُها على قياسِ ما مَرَّ عن الشيخينِ لا يُقالُ قياسُ ما تقرّر عن المُصَنِّفِ في مِائةٍ ثمّ خمسين من تَضَمُّنِ الثانيةِ الرُّجوعَ عن بعضِ الأولى أنّ العيْنَ إنْ ساوَت الثُّلُثَ أخذَ الموصَى له بها نصفَها والآخرُ ما يُساوي نصفَ الثُّلُثِ وإنْ كانت أقلَّ أو أكثرَ وُزِّعَ الثُّلُثُ على قيمَتها وقدرُ الثُّلُثِ وأُعطِيَ كلٌّ ما يَخُصُّه؛ لأنّا نَقولُ تَضَمُّنُ الرُّجوعِ إنّما هو في وصيَّتَين لِواحدٍ كما هو فرضُ صورةِ المُصَنِّفِ وأمّا في غيرِ ذلك فلا يتضَمَّنُه، وإنّما يتضَمَّنُ المُشارَكةَ بين الوصيَّتين فعُمِلَ فيهما بما مَرَّ ويُؤَيِّدُ ذلك إفتاءُ شيخِنا فيمَنْ أوصَى لإنسانٍ بثَوْرٍ ولِآخرَ بجَمَلٍ ولِآخرَ بنصفِ مالِه ولِآخرَ بثُلُثِ مالِه بأنّ لِذي النّصفِ نصفُ جميعِ المالِ حتى في الثوْرِ والجمَلِ ولِذي الثُّلُثِ ثُلُثُ جميعِه حتى فيهما؛ لأنّ كلًّا من الوصيَّتَين مُضافة إلى جميعِ مالِه ومنه الثوْرُ والجمَلُ وحينئذٍ للموصَى له بالنّصفِ من كلٍّ منهما ثلاثةُ أجزاءٍ من أحدَ عَشَرَ وبالثُّلُثِ جُزْءانِ من أحدَ عَشَرَ ولِكلٍّ من الموصَى له بالثوْرِ والجمَلِ ستّةُ أجزاءٍ أي؛ لأنّك تَزيدُ على وصيّةٍ كلٍّ ثُلُثَها ونصفَها وهما من ستّةٍ خمسةٌ فزِدْهما عليها تَصيرُ الجُمْلةُ أحدَ عَشَرَ على قياسِ ما مَرَّ عن الشيخينِ.

(فصلٌ في الإيصاءِ)

وهو كالوِصايةِ لُغةً يرجعُ لِما مَرَّ في الوصيّةِ، وشرعًا إثباتُ تَصَرُّفٍ مُضافٍ لِما بعدَ الموت فالفرقُ بينهما اصطِلاحٌ فِقْهيٌّ.

(يُسَنُّ) لِكلِّ أحدٍ (الإيصاءُ) عدلَ إليه عن قولِ أصلِه الوِصايةُ؛ لأنّه أبعَدُ عن لفظِ الوصيّةِ فيَتَّضِحُ به عندَ المبتدئِ الفرقُ أكثرَ (بقَضاءِ الدّينِ) الذي لِلّه كالزّكاةِ أو لِآدَميٍّ وردِّ المظالِمِ كالمغصوبِ وأداءِ الحُقوقِ كالعواريِّ والودائِعِ إنْ كانت ثابتةً بفرضِ إنْكارِ الورثةِ ولم يُرِدْها حالاً وإلاّ وجَبَ أنْ يُعْلِمَ بها غيرُ وارِثٍ تَثبُتُ بقولِه ولو واحدًا ظاهرَ العدالةِ أو يَرُدَّها حالاً خوفًا من خيانةِ الوارِثِ، وواضِحٌ أنّ نحوَ المغصوبِ لِقادرٍ على رَدِّه فوْرًا لا تخييرَ فيه بل يَتعيَّنُ الرّدُّ، ويظهرُ الاكتفاءُ بخَطِّه بها إنْ كان في البلَدِ مَنْ يُثبتُه؛ لأنّهم كما اكتفَوْا بالواحدِ مع أنّه وإن انضَمَّ إليه يَمينٌ غيرُ حُجّةٍ عندَ بعضِ المذاهِبِ نَظَرًا لِمَنْ يَراه حُجّةً فكذا الخطُّ نَظَرًا لِذلك نعم، مَنْ بإقليم، يَتعذَّرُ فيه مَنْ يُثبتُ بالخطِّ أو يقبَلُ الشّاهِدَ واليمين ينبغي أنْ لا يُكْتفَى منه بذَينك (وتنفيذِ الوصايا) إنْ أوصَى بشيءٍ وإنّما صَحَّتْ في نحوِ رَدِّ عَيْنٍ وفي دَفْعِها حالاً والوصيّةِ بها لِمُعَيَّنٍ وإنْ كان لِمُستحِقِّها الاستقلالُ بأخذِها من التّرِكةِ بل لو أخذَها أجنبيٌّ من التّرِكةِ ودفعها إليه لم يضمنْها كما صرّح به الماوَرْديُّ وذلك؛ لأنّ الوارِثَ قد يُخْفيها أو يُتلِفُها ولِيُطالِب الوصيُّ الوارِثَ بنحوِ رَدِّها لِيَبْرأَ الميِّتُ ولِتبقَى تحتَ يَدِ الموصي لا الحاكِمِ

والنّظَرِ في أمرِ الأطْفالِ.

لو غابَ مُستَحِقُّها وكذا لو تعذَّرَ قبولُ الموصَى له بها على ما بحثه ابنُ الرِّفعةِ وقال السُّبْكيُّ هي قبلَ القبولِ ملكٌ للوارِثِ فله الامتناعُ من دَفعِها للوَصيِّ فيأخُذُها الحاكِمُ إلى أنْ يستَقِرَّ أمرُها ومعنى قولِه ملكٌ للوارِثِ أي بفرضِ عدمِ القبولِ فكان له دَخْلٌ فيمَنْ تبقَى تحتَ يَدِه والذي يُتَّجه فيما إذا أوصَى للفُقَراءِ مثلًا أنّه إنْ عَيَّنَ لِذلكَ وصيًّا لم يكن للقاضي دَخلٌ فيه إلا من حيثُ المُطالَبَةُ بالحِسابِ، ومَنْعُ إعطاءِ مَنْ لا يستَحِقُّ وإلا تَولَّى التّصرُّفَ هو أو نائِبُه ولو أخرجَ الوصيُّ الوصيّةَ من مالِه ليرجِعَ في التّرِكةِ رجع إنْ كان وارِثًا وإلا فلا أي إلا إنْ أذِنَ له الحاكِمُ أو جاءَ وقتُ الصّرْفِ الذي عَيَّنَه الميِّتُ، وفُقِدَ الحاكِمُ ولم يتيَسَّرْ بيعُ التّرِكةِ فأشهَدَ بنيّةِ الرُّجوعِ كما هو قياسُ نَظائِرِه وسيأتي ما يُؤَيِّدُه ولو أوصَى ببيعِ بعضِ التّرِكةِ وإخراجِ كفَنِه من ثمنِه فاقترَضَ الوصيُّ دَراهِمَ وصَرَفَها فيه امتنع عليه البيعُ ولَزِمَه وفاءُ الدّينِ من مالِه.

ومَحَلُّه فيما يظهرُ حيثُ لم يَضطَرَّ إلى الصّرْفِ من مالِه وإلا كأنْ لم يَجِدْ مشتريًا رجع إنْ أذِنَ له حاكِمٌ أو فقَدَه وأشهَدَ بنيّةِ الرُّجوعِ نظيرُ ما تقرّر ولو أوصَى بقَضاءِ الدّينِ من عَيْنٍ بتعويضِها فيه وهي تُساويه أو تَزيدُ وقَبِلَ الوصيّةَ بالزّائِدِ كما هو ظاهِرٌ أو من ثمنِها تعيَّنَ فليس للورثةِ إمساكُها ومنه يُؤخَذُ أنّه لا يلزمُ استئذانُهم فيها بخلافِ ما إذا لم يُعَيِّنْ لا يتصرَّفُ حتى يستأذِنَهم؛ لأنّها ملكُهم فإنْ غابوا استأذَنَ الحاكِمُ، وبحث صحّةَ: إذا مِتّ ففرِّقْ ما لي عليك من الدّين للفُقَراءِ فيكونُ وصيًّا ومَرَّ آخِرَ الوكالةِ ما يُصَرِّحُ به، وكأنّ سببَ اغتفارِ اتّحادِ القابِضِ والمُقْبَضِ هنا تقديرُ أنّ الفُقَراءَ وُكلاؤُه كما قُدِّرَ أنّ المُعَمِّرين وُكلاؤُه في إذْنِ الأجيرِ للمُستأجِرِ في العِمارةِ، وقد يُقالُ لا يُحْتاجُ لهذا التقديرِ هنا بل سبَبُه الخوفُ من استيلاءِ نحوِ قاضٍ بالقبضِ منه ثمّ إقباضِه، وإنْ كان هو القياسَ؛ لأنّ الغالِبَ في القُضاةِ ونحوِهم الخيانةُ لا سيَّما في الصّدَقاتِ، وقد قال الأذرَعيُّ عن قُضاةِ زَمَنِه وهم أحسَنُ حالًا مِمَّنْ بعدَهم إنّهم كقَريبي عَهْدٍ بالإسلامِ وللمشتري من نحوِ وصيٍّ وقَيِّمٍ ووَكيلٍ وعامِلِ قِراضٍ أنْ لا يُسَلِّمَه الثمَنَ حتى تَثبُتَ وِلايَتُه عندَ القاضي قال القاضي أبو الطَّيِّبِ ولو قال ضَعْ ثُلُثي حيثُ شِئْتَ لم يَجُزْ له الأخذُ لِنفسِه أي وإنْ نصَّ له على ذلك لاتّحادِ القابِضِ والمُقْبَضِ قال الدّارِميُّ رحمه الله ولا لِمَنْ تُقْبَلُ شَهادَتُه له أي إلا أنْ يَنُصَّ له عليه لِمُستَقِلٍّ إذْ لا اتّحادَ ولا تُهْمةَ حينئذٍ قال ولا لِمَنْ يُخافُ منه أي ولم يوجَدْ فيه شرطُ الإعطاءِ وإلا فلا وجهَ لِمَنْعِ إعطائِه ولو خوفًا منه قال ولا لِمَنْ يستصلِحُه وكأنّ مُرادَه أنّه غيرُ صالِحٍ فيُعْطيه ليتألَّفَه حتى يبقى صالِحًا وفيه نحوُ ما قبله وهو أنّه إنْ وُجِدَ فيه شرطُ الإعطاءِ جازَ مُطْلَقًا أو عَدِمَه لم يَجُزْ مُطْلَقًا (والنّظَرِ في أمرِ الأطفالِ) والمجانينِ والسُّفَهاءِ، وكذا الحملُ الموجودُ عندَ الإيصاءِ.

ولو مُستَقِلًّا كما اقتضاه كلامُ جمعٍ مُتَقَدِّمين وسَكتَ عليه جمعٌ مُتأخِّرون ويدخلُ مَنْ حَدَثَ بعدَ الإيصاءِ على أولادِه تَبَعًا على الأوجَه كما في الوقفِ.

وَشَرْطُ الوصيِّ تَكْلِيفٌ وحُرِّيَّةٌ وعَدالةٌ وهِدايةٌ إلى التَّصَرُّفِ في الموصَى بهِ وإِسْلامٌ، لَكِنَّ الأَصَحَّ جَوازُ وصيَّةِ ذِمّيٍّ إلى ذِمّيٍّ.

وبحث الأذرَعيُّ وجوبَه في أمرِ نحوِ الأطفالِ إلى ثِقة مأمونٍ وجيهٍ كافٍ إذا وجده وغلب على ظَنِّه أنّ تركه يُؤَدّي إلى استيلاءِ خائِنٍ من قاضٍ أو غيرِه على أموالِهم وفي هذا ذَهابٌ إلى أنّه يلزمُه حِفْظُ مالِهم بما قدَرَ عليه بعدَ موته كما في حياته، وَأركانُه أربعةٌ موصٍ ووَصيٌّ وموصًى فيه وصيغةٌ.

(وشرطُ الوصيِّ) تعيينٌ و (تَكليفٌ) أي بُلوغٌ وعقلٌ؛ لأنّ غيرَه لا يَلي أمرَ نفسِه فغيرُه أولى وسيذكرُ أنّه لو أوصَى لِفُلانٍ حتى يَبْلُغَ ولَدُه فإذا بَلَغَ فهو الوصيُّ جازَ ولا يَرِدُ على هذا؛ لأنّه في الإيصاءِ المُنَجَّزِ وذاك إيصاءٌ مُعَلَّقٌ (وحُرِيّة) كامِلةٌ ولو مَآلاً كمُدَبَّرٍ ومُستولَدةٍ فلا يصحُّ لِمَنْ فيه رِقٌّ للموصي أو لِغيرِه وإنْ أذِنَ سيِّدُه؛ لأنّ الوِصايةَ تَستَدْعي فراغًا، وهو ليس من أهلِه وأخذَ منه ابنُ الرِّفعةِ مَنْعَ الإيصاءِ لِمَنْ آجَرَ نفسَه في عَمَلٍ مُدّةً لا يُمْكِنُه التَصَرُّفُ فيها بالوِصايةِ ولا يَرِدُ عليه أنّ له حينئذٍ الإنابةَ؛ لأنّه الآنَ عاجزٌ وذلك؛ لأنّ الاستنابةَ تَستَدْعي نَظَرًا في النّائِبِ والفرضُ أنّه مَشْغولٌ (وعدالةٌ) ولو ظاهرةً فلا تَصِحُّ لِفاسِقٍ إجماعًا؛ لأنّه وِلايةٌ ولو وقَعَ نِزاعٌ في عدالَته اشتُرِطَ ثُبوتُ العدالةِ الباطِنةِ كما هو ظاهرٌ (وهِدايةٌ إلى التصَرُّفِ الموصَى به) فلا يَجوزُ لِمَنْ لا يَهْتَدي إليه لِسَفَهٍ أو هَرَمٍ أو تَغَفُّلٍ إذْ لا مَصْلَحةَ فيه ولو فرَّقَ فاسِقٌ مثلاً ما فوِّضَ له تفرقَتُه غرِمَه وله استِرْدادُ بَدَلِ ما دَفعه مِمَّنْ عَرَفَه لِتَبَيُّنِ أنّه لم يقع الموقِعَ فإنْ بَقِيَتْ عَيْنُ المدْفوع استَرَدَّه القاضي وأسقَطَ عنه من الغُرْم بقدرِه كما هو ظاهرٌ، ومَرَّ أنّ للمُستَحِقِّ لِعَين الاستقلالِ بأخذِها وللأجنَبيِّ أخذُها ودَفْعُها إليه فما هنا في غيرِ ذلك (وإسلامٌ) فلا يصحُّ من مسلمٍ لِكافِرٍ لِتُهْمَته نعم، إنْ كان المسلمُ وصيَّ ذِمّيٍّ فوِّضَ إليه وِصايةً على أولادِه الذِّمّيّين جازَ له إيصاءُ ذِمّيٍّ عليهم على ما بحثه الإسنَويُّ ورَدَّه ابنُ العِمادِ وتَبِعوه بأنّ الوصيَّ يلزمُه النّظَرُ بالمصْلَحةِ الرّاجِحةِ والتّفويضُ لِمسلمٍ أرجَحُ في نَظَرِ الشرعِ منه لِذِمّيٍّ فالوجه تعيُّنُ المسلمِ هنا أيضًا أي إنْ وُجِدَ مسلمٌ فيه الشُّروطُ يقبَلُ وإلا جازَ الذِّمّيُّ الذي فيه الشُّروطُ فيما يظهرُ وأُخِذَ مِنَ التعليلِ المذكورِ أنّه لو كان لِمسلمٍ ولَدٌ بالِغٌ ذِمّيٌّ سفيهٌ لم يَجُزْ أنْ يوصيَ به إلى الذِّمّيِّ وفيه نَظَرٌ والفرقُ بينَ الأبِ والوصيِّ ظاهرٌ.

وذكرَ الإسلامَ بعدَ العدالةِ؛ لأنّ الكافِرَ قد يكونُ عَدْلاً في دينِه وبِفرضِ علمِه من العدالةِ يكونُ توطِئةً لِقولِه (لَكِنّ الأصحّ جوازُ وصيّةِ ذِمّيٍّ) أو نحوِه ولو حربيًّا كما هو ظاهرٌ (إلى) كافِرٍ معصوم (ذِمّيٍّ) أو مُعاهَدٍ أو مُستأمَنٍ فيما يَتعلَّقُ بأولادِه الكُفّارِ بشرطِ كونِ الوصيِّ عَدْلاً في دينِه كما يَجوزُ أنْ يكون وليًّا لأولادِه وتُعْرَفُ عدالَته بتَواتُرِها من العارِفين بدينِه أو بإسلام عارِفَين وشَهادَتِهما بها، ويُشْتَرَطُ أيضًا أنْ لا يكون الوصيُّ عَدوًّا للموصي عليه أي عداوةً دُنْيَويّةً فأخذَ الإسنَويُّ منه عدمَ صحّةِ وِصايةِ نصْرانيٍّ لِيَهوديٍّ وعكسُه مَرْدودٌ نعم، في تَصَوُّرِ وُقوعِ العداوةِ لِلطِّفْلِ والمجنونِ من صِغَرِه بُعْدٌ، وكونُ ولَدِ العدوِّ عَدوًّا ممنوعٌ، ويُمْكِنُ تصويرُه بأنْ يكون عُرِفَ من الوصيِّ كراهَتُهما

وَلا يَضُرُّ العمَى في الأَصَحِّ. وَلا تُشْتَرَطُ الذُّكورةُ، وأُمُّ الأَطْفالِ أولَى من غيرِها. وَيَنْعَزِلُ الوصيُّ بالفِسْقِ، ....

لِموجِبٍ أو غيرِه على أنّ اشتراطَ عدالَته تُغْني عن اشتراطِ عدمِ عداوَته نظيرُ ما يأتي في وليِّ النّكاحِ المُجْبَرِ لكن ما أجَبْت به عنه ثَمَّ لا يتأتّى هنا فتأمّلْه فإنّه غامِضٌ والعبرةُ في هذه الشُّروطِ بوقت الموت؛ لأنّه وقتُ التّسَلُّطِ على القبولِ فلا يَضُرُّ فقْدُها قبله ولو عندَ الوصيّةِ، وهل يحرُمُ الإيصاءُ لِنحوِ فاسِقٍ عندَها؛ لأنّ الظّاهرَ استمرارُ فِسقِه إلى الموت فيكونُ مُتعاطيًا لِعقدٍ فاسِدٍ باعتبارِ المآلِ ظاهرًا أو لا يحرُمُ؛ لأنّه لم يتحَقّقْ فسادُه لاحتمالِ عدالَته عندَ الموت ولا إثمَ مع الشّكِّ كلٌّ مُحتَمَلٌ وممّا يُرَجِّحُ الثانيَ أنّ الموصيَ قد يترَجّى صلاحَه لِوُثوقِه به فكأنّه قال جعلْته وصيًّا إنْ كان عَدْلاً عند الموت وواضِحٌ أنّه لو قال ذلك لا إثمَ عليه فكذا هنا؛ لأنّ هذا مُرادٌ وإنْ لم يذكرْ، ويأتي ذلك في نصْبِ غيرِ الجدِّ مع وجودِه بصِفة الولايةِ لاحتمالِ تَغَيُّرِها عندَ الموت فيكونُ كمَنْ عَيّنَه الأبُ لِوُثوقِه به.

(ولا يَضُرُّ العمَى في الأصحّ)؛ لأنّ الأعمَى كامِلٌ، ويُمْكِنُه التوكيلُ فيما لا يُمْكِنُه وبحث الأذرَعيُّ امتناعَ الوصيّةِ للأخرسِ وإنْ كان له إشارةٌ مُفْهِمةٌ، ونَظَرَ غيرُه فيه وتَتّجِه الصِّحّةُ فيمَنْ له إشارةٌ مُفْهِمةٌ إذا وُجِدَتْ فيه بَقيّةُ الشُّروطِ (ولا تُشتَرَطُ الذُّكورةُ) إجماعًا (وأُمُّ الأطفالِ) المُستجمِعةُ لِلشُّروطِ عندَ الوصيّةِ وقولُ غيرِ واحدٍ عندَ الموت عجيبٌ؛ لأنّ الأولَويّةَ الآتيةَ إنّما يُخاطَبُ بها الموصي، وهو لا علمَ له بما عندَ الموت فتعيَّنَ أنّ المُرادَ أنّها إنْ كانت عندَ إرادَته الوصيّةَ جامِعةً لِلشُّروطِ فالأولى أنْ يوصيَ إليها وإلا فلا فإنْ قُلْت لا فائِدةَ لِذلك؛ لأنّها قد تصلُحُ عندَ الوصيّةِ لا الموت قُلْت الأصلُ بَقاءُ ما هي عليه فإنْ قُلْت يُمْكِنُ تصحيحُ ما قالوه بأنْ يوصيَ إليها مُعَلِّقًا على استجْماعِها لِلشُّروطِ عندَ الموت قُلْت لو كان هذا هو المُرادُ لم يحتج لِقولِهم المُستجمِعةُ لِلشُّروطِ عند الموت؛ لأنّه وإنْ لم يَنُصَّ على ذلك لا بُدَّ من وجودِه فكان قياسُه أنْ يُقال إنّها أولى مُطْلَقًا، ثمّ إن استجمعت الشُّروطَ عندَ الموت بَقيَتْ على وِصايَتها وإلا فلا على أنّ ذلك لو قيلَ لم يحسُنْ أيضًا لِعدمِ وجودِ مُحقِّقِ الأولَويّةِ حينئذٍ؛ لأنّها إن استجمعت الشُّروطَ وجَبَ توليَتُها، وإلا لم يَجُزْ وتَزَوُّجُها لا يُبْطِلُ وِصايتها إلا إنْ نصَّ عليه الموصي وإنْ أبطَلَ حَضانَتَها بشرطِه (أولى) بإسنادِ الوصيّةِ إليها بل وبِتفويضِ القاضي حيثُ لا وصيّةَ أمرُهم إليها (من غيرِها)؛ لأنّها أشفَقُ عليهم قال الأذرَعيُّ وإنّما يظهرُ كونُها أولى إنْ ساوَت الرّجُلَ في الاسترْباحِ ونحوِه من المصالِحِ التّامّةِ، (وينعزِلُ الوصيُّ) وقَيِّمُ الحاكِمِ بل والأبُ والجدُّ (بالفِسقِ) وإنْ لم يعزِلْه الحاكِمُ لِزَوالِ أهليّته نعم، تَعودُ وِلايةُ الأبِ والجدِّ بعَوْدِ العدالةِ؛ لأنّ وِلايتهما شرعيّةٌ بخلافِ غيرِهما لِتَوَقُّفِها على التّفويضِ فإذا زالَت احتاجَتْ لِتفويضٍ جَديدٍ وكذا ينعزِلون بالجُنونِ والإغماءِ لا باختلالِ الكِفايةِ بل يَضُمُّ له القاضي مُعَيّنًا بل أفتى السُّبْكيُّ بَحْثًا بأنّه يَجوزُ له ضَمُّ آخرَ للوَصيِّ بمُجَرَّدِ الرّيبةِ، ثمّ قال وظاهرُ كلامِ الأصحابِ يقتضي المنْعَ اهـ

وكذا القاضي في الأَصَحِّ لا الإمامُ الأعْظَمُ. وَيَصِحُّ الإيصاءُ في قَضاءِ الدُّيونِ، وتَنْفُذُ الوصيّةُ من كُلِّ حُرٍّ مُكَلَّفٍ. وَيُشْتَرَطُ في أمرِ الأطْفالِ مع هذا أنْ يَكونَ له وِلايةٌ عليهم، وليس لِوَصيٍّ إيصاءٌ فإنْ أُذِنَ له فيه جازَ له في الأظْهَرِ. ولو قال: أوصَيْتُ إلَيْكَ إلى بُلوغِ ابني أو قُدومِ زَيْدٍ فإذا بلَغَ أو قَدِمَ فهو الوصيُّ جازَ.

والذي يظهرُ حملُ الأوّلِ على قوّةِ الرِّيبةِ والثاني على ضَعْفِها، ثمّ رأيت الأذرَعيَّ بحث ذلك وزاد أنّ هذا في مُتَبَرِّعٍ أمّا مَنْ يتوقَّفُ ضَمُّه على جُعْلٍ فلا يُعْطاه إلا عندَ غلبةِ الظّنِّ لِئَلّا يَضيعَ مالُ اليتيم بالتّوهُّمِ من غيرِ دليلٍ ظاهرٍ، ويعزِلُ القاضي قيِّمَه بمُجَرَّدِ اختلالِ كِفايَته؛ لأنّه الذي ولاّه (وكذا القاضي) ينعزِلُ بما ذُكِرَ (في الأصحِّ) لِزَوالِ أهليَّته أيضًا، ويتَّجِه في فاسِقٍ ولاّه ذو شَوْكةٍ مع علمِه بفِسقِه أنّه لا يُؤَثِّرُ إلا طُروُّ مُفَسِّقٍ آخرَ أقبَحَ؛ لأنّ موَلّيَه قد لا يرضى به (لا الإمامُ الأعظَمُ) فإنّه لا ينعزِلُ بما ذُكِرَ لِتعلُّقِ المصالِحِ الكلّيّةِ بوِلايَته وخالف فيه كثيرون فنَقَلَ القاضي الإجماعَ فيه مُرادُه به إجماعَ الأكثرِ.

(ويصحُّ الإيصاءُ بقَضاءِ الدّين) وردِّ الحُقوقِ (وتنفيذِ الوصيّةِ من كلِّ حُرٍّ) سكْرانَ أو (مُكلَّفٍ) مختارٍ نظيرُ ما مَرَّ في الموصي بالمالِ، ومن ثَمَّ يأتي هنا نظيرُ ما مَرَّ هناك فلو أوصَى السّفيه بمالٍ وعَيَّنَ مَنْ يُنَفِّذُه تعيَّنَ على الأوجَه وتنفيذُ بالياءِ مَصْدَرًا هو ما في أكثرِ النُّسَخِ كأصلِه وغيرِه، وحُكيَ عن خَطِّه حَذْفُ الياءِ مُضارِعًا قيلَ والأولى أولى إذْ يلزمُ الثانيةَ تَكرارٌ محضٌ؛ لأنّه قدَّمَ الوصيّةَ بقَضاءِ الدّين أوّلَ الفصلِ وحَذَفَ بَيانَ ما تُنَفَّذُ فيه ومُخالَفة أصلِه وفيه نَظَرٌ؛ لأنّ الجارَّ مُتعلِّقٌ بيصحُّ أيضًا فلا تَكرارَ وحَذْفُ ذلك يُغْني عنه قولُه الآتي، ويُشْتَرَطُ بَيانُ ما يوصَى فيه.

(ويُشْتَرَطُ) في الموصي (في أمرِ الأطفالِ) والمجانينِ والسُّفَهاءِ (مع هذا) المذكورِ من الحُرّيّةِ والتّكليفِ وغيرِهما مِمّا أشرنا إليه (أنْ تكون له وِلايةٌ عليهم) مُبْتَدَأةٌ من الشرعِ وهو الأبُ أو الجدُّ المُستجمِعُ لِلشُّروطِ وإنْ عَلا دون الأُمِّ وسائرِ الأقارِبِ والوصيِّ والحاكِمِ وقَيِّمِه ومنه أبٌ أو جَدٌّ نصَبَه الحاكِمُ على مالِ مَنْ طَرَأ سفَهُه؛ لأنّ وليَّه الآنَ الحاكِمُ دونَهما، وبحثَ الأذرَعيُّ أنّه لا يصحُّ إيصاءُ الفاسِقِ فيما تَرَكه لِوَلَدِه من المالِ لِسَلْبِ وِلايَته على ولَدِه وهو معلومٌ من المتنِ، (وليس لِوَصيٍّ) توكيلٌ إلا فيما يعجِزُ عنه أو لا يتوَلاّه مثلُه على ما مَرَّ في الوكالةِ ولا (إيصاءٌ) استقلالاً قطعًا (فإنْ أُذِنَ له فيه) من الموصي وعَيَّنَ له شَخْصًا أو فوَّضَه لِمَشيئَته بأنْ قال له أوصِ بتَرِكتي فُلانًا أو مَنْ شِئْت فإنْ لم يَقُلْ بتَرِكتي لم يصحَّ (جازَ في الأظهرِ)؛ لأنّه استَنابَه فيه كالوكيلِ يوَكِّلُ بالإذْنِ ثمّ إنْ قال له أوصِ عَنّي أو عنك فواضِحٌ وإلا وصَّى عن الموصي لا عن نفسِه على الأوجَه (و) لِكونِ الوصيّةِ بكلٍّ من معنَيَيْها السّابِقَين تحتَمِلُ الجهالاتِ والأخطارَ جازَ فيها التوقيتُ والتعليلُ كما يأتي فعليه (لو قال أوصَيْت) لِزَيْدٍ ثمّ من بعدِه لِعمرٍو أو (إليك إلى بُلوغِ ابني أو قُدومِ زَيْدٍ فإذا بَلَغَ أو قَدِمَ فهو الوصيُّ جازَ) بخلافِ أوصَيْت إليك فإذا مِتّ فقد أوصَيْت إلى مَنْ أوصَيْت إليه أو فوَصيُّك وصيّي؛ لأنّ الموصَى

وَلا يَجوزُ نَصْبُ وصيٍّ والجدُّ حَيٌّ بصِفةِ الوِلايةِ. وَلا الإيصاءُ بتَزْويجِ طِفْلٍ وبِنْتٍ. وَلَفْظُه أوصَيْتُ إلَيْك أو فَوَّضْتُ ونَحْوهما، ....

إليه مجهولٌ من كلِّ وجهٍ. ولو بَلَغَ الابنُ أو قدِمَ زَيْدٌ غيرَ أهلٍ فهل ينعزِلُ الأوّلُ فيَلي الحاكِمُ أو يستَمِرُّ؛ لأنّ المُرادَ إذا بَلَغَ أو قدِمَ أهلاً لِذلك الذي رجحه الأذرَعيُّ في بعضِ كُتُبه الثاني وله احتمالُ أنّه يُفَرِّقُ بين الجاهِلِ بالوِصايةِ إلى غيرِ الأهلِ وبين غيرِه قيلَ كان ينبغي تأخيرُ هذا عَقِبَ قولِه الآتي، ويَجوزُ فيه التوقيتُ والتعليقُ فإنّه مِثالٌ له وقد يُجابُ بأنّهما هنا ضِمْنيّانِ فلو أخَّرَ هذا إلى هناك رُبَّما تُوُهِّمَ قصْرُ ذاك عليهما ففَصَلَ بينهما ليكون هذا مُفيدًا لِلضِّمْنيِّ وذاك مُفيدًا لِلصَّريحِ وكونُ هذا مُغْنيًا عن ذاك لا يُعْتَرَضُ به مثلُ المنهاجِ.

(ولا يَجوزُ) للأبِ (نصْبُ وصيٍّ) على الأولادِ (والجدُّ حَيٌّ بصِفة الوِلايةِ) عليهم حالَ الموت أي لا يُعْتَدُّ بمَنصوبه إذا وُجِدَتْ وِلايةُ الجدِّ حينئذٍ؛ لأنّ وِلايته ثابتةٌ بالشرعِ كوِلايةِ التزويجِ أمّا لو وُجِدَتْ حالَ الإيصاءِ ثمّ زالَتْ عندَ الموت فيُعْتَدُّ بمَنصوبه كما بحثه البُلْقينيُّ رحمه الله لِما مَرَّ أنّ العبرةَ بالشُّروطِ عندَ الموت، وبحث السُّبْكيُّ رحمه الله جوازَه عندَ غَيْبةِ الجدِّ إلى حُضورِه لِلضَّرورةِ قال الزّرْكشيُّ رحمه الله، ويُحْتَمَلُ المنعُ فإنّ الغيْبةَ لا تمنعُ حَقَّ الوِلايةِ أي ويُمْكِنُ الحاكِمَ أنْ يَنوبَ عنه اهـ.

ويَتَّجِه جوازُه لو كان ثَمَّ ظالِمٌ لو استولى على المالِ أكله لِتَحَقُّقِ الضّرورةِ حينئذٍ وعليه يُحْمَلُ كلامُ السُّبْكيّ رحمه الله، وخرج بحالِ الموت حالُ الوصيّةِ فلا عبرةَ بها بل يَجوزُ على ما مَرَّ نصْبُ غيرِه، وإنْ كان هو بصِفة الوِلايةِ حينئذٍ ثمّ يُنْظَرُ عندَ الموت لِتأهُّلِ الجدِّ وعدمِه كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ أمّا على الدُّيونِ والوصايا فيَجوزُ مع وجودِ الجدِّ فإنْ لم يوصِ بها فالجدُّ أولى بأمرِ الأطفالِ ووَفاءِ الدّين ونحوِه، والحاكِمُ أولى بتنفيذِ الوصايا على ما نَقَلاه عن البغَويّ رحمه الله وغيرِه لكن بما يُشْعِرُ بالتَّبَرّي منه، ومن ثَمَّ اعتمد الأذرَعيُّ رحمه الله قولَ القاضي إنّ قضاءَ الدُّيونِ إلى الحاكِم أيضًا، وغَلَّطَ البغَويّ، (و) لا يَجوزُ (الإيصاءُ بتزويجِ طِفْلٍ وبنتٍ) ولو مع عدمِ وليٍّ؛ لأنّ الوصيَّ لا يعتَني بدَفْعِ العارِ عن النّسَبِ وسيأتي تَوَقُّفُ نِكاحِ السّفيه على إذْنِ الوليِّ ومنه الوصيُّ (ولفظُه) أي الإيصاءِ كما بأصلِه أي وصيغَتُه (أوصَيت إليك أو فوّضت) إليك (ونحوُهما) كأقَمْتُك مَقامي، وقياسُ ما مَرَّ اشتراطُ بعدَ موتي فيما عدا أوصَيْت، ويظهرُ أنّ وكَّلْتُك بعدَ موتي في أمرِ أطفالي كِنايةٌ؛ لأنّه لا يصلحُ لِموضوعِه فيكونُ كِنايةً في غيرِه وقياسُه إنْ ولَّيْتُك كذلك وهو ما رجحه شيخُنا لَكِنّ ظاهرَ كلام الأذرَعيّ أنّه صريحٌ هنا وقد يوَجَّه بأنّه أقرَبُ إلى مَدْلولِ فوَّضت إليك الصّريحَ من وكَّلْتُك ويُؤَيِّدُه ما يأتي من صحّةِ الوصيّةِ بالإمامةِ لِواحدٍ بعدَ موتي وظاهرُه صحّتُها بلفظِ أوصَيْت وفَوَّضت وإذا ثَبَتَ ذلك في فوَّضت ثَبَتَ في ولَّيت، وليس هذا من قاعِدةِ ما كان صريحًا في بابه؛ لأنّا إذا جوَّزْنا الوصيّةَ بالإمامةِ كان البابُ واحدًا فما كان صريحًا هناك يكونُ صريحًا هنا، وعكسُه غايةُ الأمرِ أنّ الموصَى

وَيَجوزُ فيه التَّوْقيتُ والتَّعْليقُ. وَيُشْتَرَطُ بَيانُ ما يوصي فيه فإن اقْتَصَرَ على أوصَيْت إلَيْك لَغا. والقبولُ وَلا يَصِحُّ في حَياتِه في الأَصَحِّ.

فيه إمامةٌ وغيرُها وهذا لا يُؤَثِّرُ وتَكْفي إشارةُ الأخرسِ المُفْهِمةُ وكِتابَتُه وكذا النّاطِقُ إذا سكتَ وأشارَ برَأسِه أنْ نعم، وقد قُرِئَ عليه كِتابُ الوصيّةِ من غيرِ قِراءةٍ ومَرَّ لِذلك مَزيدٌ في مَبْحَثِ صِيَغِ الوصيّةِ (ويَجوزُ فيه التوقيتُ) كأوصَيْتُ إليك سنةً سواءٌ أقال بعدَها وصيّي فُلانٌ أم لا أو إلى بُلوغِ ابني (والتعليقُ) كإذا مِتّ أو إذا مات وصيّي فقد أوصَيْت إليك كما مَرَّ (ويُشْتَرَطُ بَيانُ ما يوصَى فيه) وكونُه تَصرُّفًا ماليًّا مُباحًا كأوصَيْتُ إليك في قضاءِ دُيوني أو في التّصرُّفِ في أمرِ أطفالي أو في رَدِّ آبِقي أو ودائِعي أو في تنفيذِ وصايايَ فإنْ جَمع الكلَّ ثَبَتَ له أو خَصَّصَه بأحدِها لم يتجاوَزْه، ولو أطلقَ كأوصَيْتُ إليك في أمري أو تَركتي أو في أمرِ أطفالي ولم يذكر التّصرُّفَ صَحَّ، ويظهرُ أنّ الأوّلَ عامٌّ ويُفَرَّقُ بين الأوّلِ وفَسادِ نظيرِه السّابِقِ في الوكالةِ بأنّ ذاك لو صَحَّ لَحِقَ الموَكِّلَ به ضَرَرٌ لا يُستَدْرَكُ كعتقٍ ووَقْفٍ وطلاقٍ بخلافِه هنا لِتَقَيُّدِ تَصَرُّفِه بالمصْلَحةِ؛ لأنّه على الغيرِ الذي لم يأذَنْ في خلافِه ولو أطلقَ وصَحَّحْناه ثمّ أوصَى لِآخرَ في مُعَيَّنٍ فالقياسُ أنّ ذلك يَصيرُ عَزْلاً للأوّلِ عنه فيتصَرَّفُ الثاني فيما عُيِّنَ له.

ويبقى الأوّلُ على ما عداه فإنْ وصَّى لِثانٍ فيما وصَّى به للأوّلِ ولم يَتعرَّضْ له شارَكه ووَجَبَ اجتماعُهما؛ لأنّه الأحوَطُ والمعتمدُ في الثاني أنّه للحِفْظِ والتّصرُّفُ في مالِهم للعُرْفِ وفي الأنوارِ أنّ قولَ القاضي ولَّيْتُك مالَ فُلانٍ للحِفْظِ فقط ومَرَّ آخِرَ الحجْرِ بَيانُ أنّ قاضيَ بَلَدِ المالِ يتصَرَّفُ فيه بالحِفْظِ ونحوِه وقاضي بَلَدِ المحجورِ يتصَرَّفُ فيه بالبيعِ وغيرِه نعم، بحث بعضُهم أنّ نَظَرَ وصاياه لِقاضي بَلَدِ مالِه أخذًا مِمّا مَرَّ أوّلَ الفرائِضِ من أنّ مَنْ مات بلا وارِثٍ اختَصَّ بمالِه أهلُ بَلَدِه وفيه نَظَرٌ ولا شاهِدَ له في هذا على أنّه ضعيفٌ فالذي يَتَّجِه ما اقتضاه كلامُهم في الحجْرِ أنّه لِبَلَدِ المالِكِ وسيأتي جوازُ النّقْلِ في الوصيّةِ فليستْ كالزّكاةِ حتى يُعْتَبَرَ فيها بَلَدُ المالِ (فإن اقتصَرَ على أوصَيْت إليك لَغا) كوَكَّلْتُك ولأنّه لا عُرْفَ يُحْمَلُ عليه كما قالوه ونازع فيه السُّبْكيُّ رحمه الله بأنّ العُرْفَ يقتضي أنّه يَثْبُتُ له جميعُ التّصرُّفات اهـ وفيه نَظَرٌ بل الحقُّ ما قالوه وما قاله غيرُ مُطَّرِدٍ فلا يُعَوَّلُ عليه وإنْ قال الزّركشيُّ يُؤَيِّدُه قولُ البيانيّين: إنّ حَذْفَ المعمولِ يُؤْذِنُ بالتعميمِ وجزم الزّبيليُّ بصحّةِ فُلانٍ وصيّي اهـ.

لأنّ كلامَ البيانيّين ليس في مثلِ ما نحن فيه وكلامُ الزّبيليِّ إمّا ضعيفٌ أو يُفَرَّقُ بينه وبين ما هنا بأنّ ما قاله مُحْتَمِلٌ للإقرارِ وهو يقبَلُ المجهولَ فصَحَّ فيه ما يحتَمِلُه وحُمِلَ على العموم إذْ لا مُرَجِّحَ وما هنا محضُ إنْشاءٍ وهو لا يقبَلُ الجهْلَ بوجهٍ (و) يُشْتَرَطُ (القبولُ) من الوصيِّ؛ لأنّها عقدُ تَصَرُّفٍ كالوكالةِ ومن ثَمَّ اكتُفيَ هنا بالعمَلِ كهو ثَمَّ كما اقتضاه كلامُ الشيخينِ وجزم به القفّالُ وهو أوجَه من اعتمادِ السُّبْكيّ رحمه الله اشتراطَ اللّفْظِ (ولا يصحُّ) القبولُ ولا الرّدُّ (في حياته في الأصحّ)؛ لأنّه لم

ولو وصَّى اثْنَيْنِ لم يَنْفَرِدْ أحَدُهما إلّا إنْ صَرَّحَ بِهِ.

يدخلْ وقتَ تَصَرُّفِه كالموصَى له بالمالِ بخلافِه بعدَ الموت ولا يُشْتَرَطُ بعدَه الفوْرُ في القبولِ ما لم يَتعيَّنْ تنفيذُ الوصايا أو يعرِضَها عليه الحاكِمُ بعدَ ثُبوتها عندَه قال الأذرَعِيُّ رحمه الله أو يكونُ هناك ما تجبُ المُبادَرةُ إليهِ.

(ولو وصَّى لاثنين) وشَرَطَ اجتماعَهما أو أطلقَ بأنْ قال أوصَيْت إليكُما أو إلى فُلانٍ ثمّ قال ولو بعدَ مُدّةٍ أوصَيْت إلى فُلانٍ أو قال عن شَخْصٍ هذا وصيّي ثمّ قال عن آخرَ هذا وصيّي وظاهرُ كلامِهم هنا أنّه لا فرقَ بين علمِه بالأوّلِ وعدمِه وعليه يُفَرَّقُ بين هذا ونظيرِه السّابِقِ قبلَ الفصلِ بأنّ الاجتماعَ هنا ممكنٌ مقصودٌ للموصي؛ لأنّ فيه مَصْلَحةً له وثَمَّ اجتماعُ الملكين على الموصَى به مُتعذِّرٌ والتّشريكُ خلافُ مُؤَدَّى اللّفْظِ فتعيَّنَ النّظَرُ للقَرينةِ وهي وجودُ علمِه وعدمُه ولو قال أوصَيْت إليه فيما أوصَيْت فيه لِزَيْدٍ كان رُجوعًا (لم ينفرِدْ أحدُهما) فيما إذا قُبِلَ بتَصَرُّفٍ بل لا بُدَّ من اجتماعِهما عليه بأنْ يَصْدُرَ عن رَأْيِهما ولو بإذْنِ أحدِهِما للآخرِ أو يأذَنا لِثالِثٍ فيه أو بأنْ يشتَرِيَ أحدُهما لأحَدِ الطِّفْلينِ من الآخرِ شيئًا لِلطِّفْلِ الآخرِ فيما إذا شَرَطَ عليهما الاجتماعَ في تَصَرُّفِ كلٍّ منهما عَمَلاً بالأحوَطِ فيه وهو الاجتماعُ؛ لأنّ أحدَهما قد يكونُ أعرَفَ والآخرُ أوثَقَ وإنّما يجبُ فيما يَتعلَّقُ بالطِّفْلِ ومالِه وتفرقة وصيّةٍ غيرِ مُعَيَّنةٍ وقَضاءِ دَيْنٍ ليس في التّركةِ جنسُه بخلافِ رَدِّ وديعةٍ وعاريّةٍ ومغصوبٍ وقَضاءِ دَيْنٍ في التّركةِ جنسُه فلِكلٍّ الانفِرادُ به؛ لأنّ لِصاحِبِه الاستقلالُ بأخذِه وبحث فيه الشيخانِ بأنّ معنى ذلك أنْ يُعْتَدَّ به ويقعَ موقِعَه لا أنّه يَجوزُ الإقدامُ عليه؛ لأنّه بالوصيّةِ فلْيكن بحَسبِها ويُجابُ عنه بأنّ الذي يتقيَّدُ بالوصيّةِ هو ما يختلفُ الغرَضُ فيه باختلافِ المُتصَرِّفين وأمّا ما ليس كذلك كما في تلك المُثُلِ فلا وجهَ لِلتَّقْييدِ بها فيه.

أمّا إذا قبِلَ أحدُهما فقط أو قبِلاه ثمّ رَدَّ أحدُهما ففي الصّورَتَين الأخيرَتَين للباقي التّصَرُّفُ ولا يُعَوِّضُ الحاكِمُ بَدَلَ الرّادِّ ويوَجَّه أخذًا من كلامِهم بأنّ التّشريك فيهما ليس مأخوذًا من تصريحِ الموصَى به بل من احتمالِ إرادةِ التّشريكِ المُقَوّي له عدمُ تعرُّضِه في الثانيةِ لِبُطْلانِ الأولى المقتضي أنه مَلَك كلًّا كلَّه عندَ الموت وهو مُتعذِّرٌ فوَجَبَ التّشريكُ بخلافِ ما لو رَدَّ أحدُهما في نحوِ أوصَيْت إليكُما فيُعَوَّضُ بَدَله؛ لأنّ الموصيَ جعلَ لِكلٍّ النّصفَ صريحًا فلم يَبْطُلْ برُجوعِ الآخرِ لَكِنّه لم يرضَ بنَظَرِه وحدَه فوَجَبَ التعويضُ ولو اختلفا وصيّا التّصَرُّفِ المُستَقِلّانِ فيه نَفَذَ تَصَرُّفُ السّابِقِ أو غيرُ المُستَقِلَّين أُلْزِما العمَلَ بالمصْلَحةِ التي رَآها الحاكِمُ فإن امتنعا أو أحدُهما أو خَرَجا أو أحدُهما عن أهليّةِ التّصَرُّفِ أنابَ عنهما أو عن أحدِهِما أمينَين أو أمينًا أو في المصْرِفِ أو الحِفْظِ والمالِ مِمّا لا ينقَسِمُ استقلالاً أو تَوَلّاه القاضي فإن انقَسَمَ قسَمَه بينهما ولِكلٍّ التّصَرُّفُ بحسبِ الإذْنِ فإنْ تنازَعا في عَينِ النّصفِ المحفوظِ أُقْرِعَ بينهما فإنْ نصَّ على اجتماعِهما في الحِفْظِ لم ينفَرِدْ أحدُهما بحالٍ (إلا إنْ صرّح به) أي الانفِرادِ فيَجوزُ حينئذٍ كالوكالةِ وكذا لو قال إلى كلٍّ منكما أو كلٌّ منكما وصيٌّ في كذا أو أنتُما وصيّايَ في كذا، ويُفَرَّقُ بين هذا وأوصَيْت إليكُما بأنّه هنا أثبَتَ لِكلٍّ وصْفَ الوِصايةِ فدَلَّ

وَللموصي والوصيِّ العزْلُ مَتَى شاءَ.

على الاستقلالِ بخلافِه ثَمّ ولو جعلَ عليه أو عليهما مُشرِفًا أو ناظِرًا لم يَثبُتْ له تَصَرُّفٌ وإنّما يتوَقَّفُ على مُراجَعَته قال الأذرَعيُّ إلا في نحوِ شراءِ يَقِلُّ مِمّا لا يحتاجُ لِنَظَرٍ ولو فوَّضَ لاثنين صَرْفَ ثُلُثِه لِقراءةِ خَتَماتٍ معلومةٍ فقَسَّما ثُلُثَه نصفَين، واستأجَرَ كلٌّ الآخرَ لِقراءةِ النّصفِ فهل يَجوزُ ذلك والذي يظهرُ أنّ كلًّا إن استَقَلَّ جازَ وإلا فلا أخذًا من قولِ الأذرَعيِّ لِكلٍّ من المُستَقِلَّين الشِّراءُ من الآخرِ أي لِنفسِه أو طِفلِه اهـ واعتُرِضَ بإطلاقِ الإصطَخريِّ امتناعَ شراءِ كلٍّ من الآخرِ ويُرَدُّ بحملِه على غيرِ المُستَقِلَّين، وكذلك إطلاقُ بعضِهم في مسألَتنا أنّه يَمْتَنِعُ ذلك، (وللموصي والوصيِّ العزْلُ) أي للموصي عَزْلُ الوصيِّ وللوَصيِّ عَزْلُ نفسِه لكن يلزمُه إعلامُ الحاكِمِ فوْرًا وإلا ضَمِنَ (متى شاءَ) لِجوازِها من الجانِبَين كالوكالةِ نعم، إنْ تعيَّنَ على الوصيِّ بأنْ لم يوجَدْ كافٍ غيرُه أو غلب على ظَنِّه تَلَفُ المالِ باستيلاءِ ظالِمٍ أو قاضي سوءٍ كما هو الغالِبُ لم يَجُزْ له عَزْلُ نفسِه ولم ينفُذْ لكن لا يلزمُه ذلك مَجّانًا بل بالأُجرةِ وهل له أنْ يتولَّى أخذَها إنْ خافَ من إعلامِ قاضٍ جائِرٍ لِتعذُّرِ الرّفعِ إليه والتحكيمِ؛ لأنّه لا بُدَّ فيه من رِضا الخصْمَين مَحَلُّ نَظَرٍ ولو قيلَ بجوازِه بشرطِ إخبارِ عَدْلين عارِفَين له بقدرِ أُجرةِ مثلِه ولا يعتَمِدُ معرفةَ نفسِه احتياطًا لم يَبْعُدْ والأوجَه أنّه يلزمُه القبولُ في هذه الحالةِ، وأنّه يَمْتَنِعُ عَزْلُ الموصَى له حينئذٍ لِما فيه من ضَياعِ نحوِ ودائِعِه أو مالِ أولادِه، ويَمْتَنِعُ عليه عَزْلُ نفسِه أيضًا إذا كانت إجارةً بعِوَضٍ فإنْ كانت بعِوَضٍ من غيرِ عقدٍ فهي جَعالةٌ قال الماوَرْديُّ واعتُرِضَ بأنّ شرطَ صحّةِ الإجارةِ إمكانُ الشُّروعِ في المُستأجَرِ له عَقِبَ العقدِ وهنا ليس كذلك وبأنّ شرطَها العلمُ بأعْمالِها، وأعمالُ الوِصايةِ مجهولةٌ وأجابَ السُّبْكيُّ عن الأوّلِ بأنّ صورتَه أنْ يستأجِرَه الموصي على أعمالٍ لِنفسِه في حياته ولِطِفْلِه بعدَ موته أو يستأجِرَه القاضي على الاستمرارِ على الوصيّةِ لِمَصْلَحةٍ رَآها بعدَ موت الموصي ويُجابُ عن الثاني بأنّ الغالِبَ علمُها وبأنّ مَسيسَ الحاجةِ إليها اقتضى المُسامَحةَ بالجهْلِ بها وقولُ الكافي: لا يصحُّ الاستئجارُ لِذلك ضعيفٌ، وإذا لَزِمت الوِصايةُ بإجارةٍ وعَجَزَ عنها استُؤْجِرَ عليه من مالِه مَنْ يقومُ مَقامَه فيما عَجَزَ عنه وجازَ ذلك مع أنّها إجارةُ عَيْنٍ وهي لا يُستوفَى فيها من غيرِ المُتعيِّنِ قال الأذرَعيُّ: لأنّ ضَعْفَه بمنزلةِ عَيْبٍ حادِثٍ فيعمَلُ الحاكِمُ ما فيه المصْلَحةُ من الاستبدالِ به والضّمِّ إليه.

(تنبيهٌ) تَسميةُ رُجوعِ الموصي عن الإيصاءِ إليه عَزْلاً مع أنّه لا عبرةَ بالقبولِ في الحياةِ كما مَرَّ مَجازٌ وكذا تَسميةُ رُجوعِ الوصيِّ عن القبولِ إذْ قطعُ السّبَبِ الذي هو الإيصاءُ بالرُّجوعِ عنه أو بعدمِ قبولِه مُنَزَّلٌ منزلةَ قطعِ المُسَبَّبِ الذي هو التّصرُّفُ لو ثَبَتَ له وبهذا الذي قرَّرْته اندفعَ بناءُ السُّبْكيِّ لِذلك على ضعيفٍ أنّ العبرةَ بالقبولِ في الحياةِ، وبِما تقرّر في مسألةِ الإجارةِ يُعْلَمُ بُطْلانُ جَعْلِه لِمَنْ يَتَّجِرُ لِطِفْلِه شيئًا أُجرةً، وكذا تبطُلُ الوصيّةُ له كلَّ سنةٍ بكذا أو ما دامَ وليًّا على ولَدِه في غيرِ السّنةِ الأولى كما مَرَّ لأنّ الجهْلَ بآخِرِ مُدّةِ استحْقاقِه يُصَيِّرُها مجهولةً لا يُمْكِنُ اعتبارُها من الثُّلُثِ كمسألةِ

وإذا بلَغَ الطِّفْلُ ونازَعَه في الإنْفاقِ عليه صَدَقَ الوصيُّ، أو في دَفْعِ إليه بعد البُلوغِ صُدِّقَ الوَلَدُ.

الدّينارِ المشهورةِ وإفتاءُ بعضِهم بصحّتها وهُمٌ وحَكى الإمامُ عن والِدِه أنّه لو جعلَ لِوَصيِّه جُعْلًا قدرَ أُجْرةِ المثلِ لم يَجز العُدولُ عنه لِمُتَبَرِّعٍ قال الإمامُ ومَحَلُّه إنْ كان الوصيُّ كافيًا والجُعْلُ يَفي به الثُّلُثُ فإنْ لم يَكْفِ أو زاد الجُعْلُ على الثُّلُثِ ولم يرضَ بالثُّلُثِ فالوجه القطعُ بالعُدولِ للمُتَبَرِّعِ.

(وإذا بَلَغَ الطِّفلُ) أو أفاقَ المجنونُ أو رَشَدَ السّفيه (ونازعه) أي بحالِه الوصيُّ (في) أصلِ أو قدرِ نحوِ (الإنفاقِ) اللّائِقِ (عليه) أو على مُمَوِّنِه (صَدَقَ الوصيُّ) بيَمينِه، وكذا قَيِّمُ الحاكِم لأنّ كلًّا منهما أمينٌ ويتعذَّرُ عليه إقامةُ البيِّنةِ عليه بخلافِ البيعِ للمَصْلَحةِ أمّا غيرُ اللّائِقِ فيُصَدَّقُ الولدُ فيه قطعًا بيَمينِه لِتعدّي الوصيِّ بفرضِ صِدْقِه، ولو تَنازَعا في الإسرافِ وعَيَّنَ القدرَ نُظِرَ فيه وصُدِّقَ مَنْ يقتضي الحالُ تصديقَه، وإنْ لم يُعَيِّنْ صُدِّقَ الوصيُّ وما ذُكِرَ في الحالةِ الأولى من احتياجِ الولدِ لليَمينِ فيه نَظَرٌ ظاهرٌ والذي يُتَّجه أخذًا مِمّا تقرّر آخِرًا أنّه متى عُلِمَ في شيءٍ أنّه غيرُ لائِقٍ لم يُحتج ليَمينِ الولدِ بل إنْ كان من مالِ الوليِّ فلَغْوٌ أو الولدِ ضَمِنَه، ولو اختلفا في شيءٍ أهو لائِقٌ أو لا ؟ ولا بَيِّنةَ صُدِّقَ الوصيُّ بيَمينِه؛ لأنّ الأصلَ عدمُ خيانَته أو في تاريخِ موت الأبِ وأوّلِ ملكِه للمالِ المُنْفَقِ عليه منه صُدِّقَ الولدُ بيَمينِه وكالوصيِّ في ذلك وارثُه ويُؤَيِّدُه قولُهم لو ادَّعى وارِثُ الوديعِ أنّ مورِّثَه رَدَّ على المالِكِ صُدِّقَ الوارِثُ بيَمينِه وقولُ البغَويّ: لا بُدَّ من البيِّنةِ ضعيفٌ.

وللأصلِ الإنفاقُ من مالِه للمَصْلَحةِ ويُصَدَّقُ بيَمينِه في قصْدِه الرُّجوعَ فيرجعُ بخلافِ نحوِ الوصيِّ لا يرجعُ إلا إنْ أذِنَ له القاضي، وكذا إذا وفَّى الوصايا أو مُؤَنَ التَّجْهيزِ من مالِه لا يرجعُ إلا إنْ أذِنَ له فيه أو قصَدَ الرُّجوعَ وأشهَدَ عليه عندَ فقْدِ الحاكِم كما مَرَّ وكان ذلك لِمَصْلَحةٍ تَعودُ على المولى ككسادِ مالِه ورَجاءِ رِبْحِه بتأخيرِ بيعِه، نعم: إنْ دَفع الوصيُّ، ولو وارِثًا بإذْنِ الورثةِ في الأولى وبَقيَّتِهم في الثانيةِ رجع عليه وعليه يُحْمَلُ إطلاقُ العبّاديِّ رُجوعَ الوارِثِ (أو) تَنازَعا (في دَفْعِ) المالِ (إليه بعدَ البُلوغِ) أو الإفاقة أو الرُّشْدِ أو في إخراجِه الزّكاةَ من مالِه كما هو ظاهرٌ.

وصرّح به بعضُهم (صُدِّقَ الولدُ) بيَمينِه، ولو على الأبِ؛ لأنّه لا تعسُرُ إقامةُ البيِّنةِ عليه وهذه لم تَتَقَدَّم في الوكالةِ؛ لأنّ تلك في القيِّم وهذه في الوصيِّ وليس مُساويًا له من كلِّ وجهٍ، نعم: حِكايَته الخلافَ في القيِّم وجَزْمُه في الوصيِّ مُعتَرَضٌ بأنّ الخلافَ فيهما ويُصَدَّقُ أحدُهما في عدم الخيانةِ وتَلَفٍ بنحوِ غَصْبٍ أو سرِقة كالوديعِ لا في نحوِ بيعٍ لِحاجةٍ أو غِبْطةٍ أو تركِ أخذٍ بشُفعةٍ لِمَصْلَحةٍ إلا ببَيِّنةٍ بخلافِ الأبِ والجدِّ يُصَدَّقانِ بيَمينِهما والأوجَه أنّ الحاكِمَ الثِّقة الأمين مثلُهما وإلا فكالوصيِّ وعلى هذا التّفصيلِ يُحْمَلُ ما وقَعَ لِلسُّبْكيِّ وغيرِه في ذلك من التّناقُضِ ولا يُطالَبُ أمينٌ كوَصيٍّ ومُقارِضٍ وشَريكٍ ووَكيلٍ بحِسابٍ بل إنِ ادَّعى عليه خيانةً حَلَفَ ذكرَه ابنُ الصّلاح في الوصيِّ والهرَويُّ في أُمَناءِ القاضي ومثلُهم بَقِيَّةُ الأُمَناءِ وأفْهَمَ كلامُ القاضي أنّ الأمرَ في ذلك كلِّه راجِعٌ لِرَأْيِ

القاضي بحسبِ ما يَراه من المصْلَحةِ ورَجَحَ، ولو لم يندَفع نحوُ ظالِم إلا بدَفْعِ نحوِ مالٍ لَزِمَ الوليَّ دَفْعُه ويَجْتَهِدُ في قدرِه ويُصَدَّقُ فيه بيَمينِه، ولو بلا قرينةٍ على الأوجَه أو إلا بتعيينِه جازَ له بل يلزمُه أيضًا لكن لا يُصَدَّقُ فيه لِسُهولةِ إقامةِ البيِّنةِ عليه.

ولو أرادَ وصيٌّ شراءَ شيءٍ من مالِ الطِّفْلِ رَفع للحاكِم ليَبيعَه أو اشترى من وصيٍّ آخرَ مُستَقِلٍّ كما أفتى به الأذرَعيُّ ولا يَجوزُ له أنْ يَبيعَ مِمَّنْ لا يَبيعُ له الوَكيلُ وينعزِلُ بما ينعزِلُ به ولا تُقْبَلُ شَهادَتُه لِموَلّيه فيما هو وصيٌّ فيه إنْ قبِلَ الوِصايةَ وإلا قُبِلَ وإنْ قال أوصَى إلَيَّ فيه، وكذا لو عَزَلَ نفسَه قبلَ الخوضِ فيه، ولو اشترى شيئًا من وصيٍّ وسَلَّمَه الثمَنَ فكمَّلَ المولى عليه وأنكر كون البائعِ وصيًّا عليه واستَرَدَّ منه المبيعَ رجع على الوصيِّ بما أدّاه إليه وإنْ وافقَه على أنّه وصيٌّ خلافًا للقاضي لِقولِهم لو اشترى شيئًا مُصَدِّقًا لِبائِعِه على ملكِه له ثمّ أقبَضَه الثمَنَ ثمّ استَحَقَّ رجع عليه بالثمَنِ؛ لأنّه إنّما أقَرَّ له بناءً على ظاهرِ الحالِ، وكذا لو اشترى شيئًا من وكيلٍ وسَلَّمَه الثمَنَ وصَدَّقَه على الوكالةِ ثمّ أنكرها الموَكِّلُ ونَزع منه المبيعَ فيرجعُ على الوكيلِ ومَنِ اعترفَ أنّ عندَه مالاً لِفُلانٍ الميِّت وزعم أنّه قال له هذا لِفُلانٍ أو أنتَ وصيّي في صَرْفِه في كذا لم يُصَدَّقْ إلا ببَيِّنةٍ كما رجحه الغزّيُّ وغيرُه وهو أحدُ وجهَين في الثانيةِ وترجيحُ السُّبْكيّ في الأولى أنّه يُصْرَفُ للمُقَرِّ له بَعيدٌ إلا أنْ يكون مُرادُه أنّه يَجوزُ له بل يلزمُه باطِنًا دَفْعُه له لكن هذا لا نِزاعَ فيه، ولو أوصَى بثُلُثِ تَركته لِمَنْ يَصْرِفُها في وجوه البِرِّ وهي مُشْتَمِلةٌ على أجناسٍ مختَلِفة باعَ الوصيُّ الثُّلُثَ بنَقْدِ البلَدِ كما أشارَ إليه البُلْقينيُّ في فتاويه قال غيرُه وهو مُرادُ الأصحابِ بلا شَكٍّ وفيها فيمَنْ أوصَى بأنّه نَذَرَ بشيءٍ أنّه يُصْرَفُ في وجوه البِرِّ والقُرُبات أنّه يُصْرَفُ في ذلك، ووجوه البِرِّ ما تَضَمَّنَه قوله تعالى: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [البقرة :١٧٧] الآيةَ والقُرُباتُ كلُّ نفقةٍ في واجبٍ أو مَنْدوبٍ اهـ. مُلَخَّصًا وما ذكرَه في وجوه البِرِّ خالف فيه قولَ الشيخينِ إنْ أفرَدَ البِرَّ أو الخيرَ أو الثوابَ كأنْ قال لِسَبيلِ البِرِّ اختَصَّ بأقارِبِ الميِّت أي غيرِ الوارِثين لِما مَرَّ أنّهم لا يُعْطَوْنَ لكن نازعهما في ذلك جمعٌ وأطالوا لا سيَّما الأذرَعيَّ في التَوَسُّطِ قال بعضُهم وفيما إذا فوَّضَ للوَصيِّ التَفْرِقة بحسبِ ما يَراه يلزمُه تفضيلُ أهلِ الحاجةِ لا سيَّما من أقارِبِ الميِّت إذْ عليه في تقديرِ الأنصِباءِ رِعايةُ مَصْلَحةِ الميِّت بما فيه مَزيدُ أجرِه وثوابه بحسبِ ما يَراه وهو مُتَّجه المُدْرَكِ وإنْ كان خلافَ قضيّةِ إطلاقِهم أنّ مَحارِمَه الذين لا يَرِثونَه أولى، ولو أوصَى لإنسانٍ بجُزْءٍ من مالِه يَصْرِفُه فيما أوصَى به ولِجِهات الخيرِ فمات ولم يُعْلم ما أوصَى به بَطَلَت الوصيّةُ في نصفِ ما عَيَّنَه إذا أيِسَ من معرفة وصيَّته كما أفتى به غيرُ واحدٍ وإفتاءُ بعضِهم بصحّتها كما لو أوصَى بثُلُثِه ولم يذكرْ مَصْرِفًا مَرْدودٌ بأنّ غالِبَ الوصايا للمَساكينِ فحُمِلَ المُطْلَقُ عليه وهنا لا سبيلَ لِلصَّرْفِ إليهم مع احتمالِ أنّ المصْرِفَ الذي جُهِلَ غيرُهم من غيرِ قرينةٍ تَدُلُّ عليه ولَك أنْ تقولَ ينبغي الصِّحّةُ في الكلِّ لا لِما ذُكِرَ بل؛ لأنّ الغالِبَ بل والمُطَّرِدُ في الوصيّةِ أنّها لا تكونُ إلا في جِهةِ خيرٍ فإذا جُهِلَ ما أوصَى به حُمِلَ على أنّه من جُمْلةِ جِهات الخيرِ التي ذكرَها بل الظّاهرُ أنّه إنّما سكتَ عن بيانِ ما أوصَى به لِشُمولِ قولِه ولِجِهات الخيرِ له والعمَلُ بما دَلَّتْ عليه القرائِنُ جائِزٌ للوَصيِّ الرُّجوعُ إليه.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الوديعةِ

مَنْ عَجَزَ عن حِفظِها حَرُمَ عليه قَبولُها، ومَنْ قَدَرَ ولم يَثِقْ بأمانَتِه كُرِهَ، ....

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ الوديعةِ

هي لُغةً: ما وُضِعَ عندَ غيرِ مالِكِه لِحِفْظه من ودُعَ يَدَعُ إذا سكنَ؛ لأنّها ساكِنةٌ عندَ الوديعِ وقيلَ من الدّعةِ أي الرّاحةِ؛ لأنّها تحتَ راحَته ومُراعاته وشرعًا العقدُ المقتضي لِلاستحْفاظِ أو العيْنُ المُستَحْفَظةُ فهي حَقيقة فيهما وتَصِحُّ إرادَتُهما وإرادةُ كلٍّ منهما في التّرجَمةِ ثمّ عقدُها في الحقيقة توكيلٌ من جِهةِ المودِعِ وتَوَكُّلٌ من جِهةِ الوديعِ في حِفْظِ مالٍ أو اختصاصٍ كنَجِسٍ مُنْتَفَعٍ به فخرجت اللُّقَطةُ والأمانةُ الشرعيّةُ كأنْ طَيَّرَ نحوُ ريحٍ شيئًا إليه أو إلى مَحَلِّه وعلم به والحاجةُ بل الضّرورةُ داعيةٌ إليها وأركانُها بمعنى الإيداعِ أربَعةٌ وديعةٌ ومودِعٌ ووَديعٌ وصيغةٌ وشرطُ الوديعةِ - كما عُلِمَ مِمّا -: تَقَرُّرُ كونِها مُحْتَرَمةً كنَجِسٍ يُقْتَنَى وحَبّةِ بُرٍّ بخلافِ نحوِ كلْبٍ لا ينفَعُ وآلِه اللّهْوِ.

(مَنْ عَجَزَ عن حِفظها حَرُمَ عليه قبولُها) أي أخذُها؛ لأنّه يُعَرِّضُها لِلتَّلَفِ وإنْ وثُقَ بأمانةِ نفسِه (ومَنْ قدَرَ) على حِفْظها (و) هو أمينٌ ولَكِنّه (لم يَثِقْ بأمانَته) فيها حالاً أو مُستقبَلاً بأنْ جَوَّزَ وُقوعَ الخيانةِ منه فيها مَرْجوحًا أو على السّواءِ ويُؤْخَذُ منه الكراهةُ بالأولى إذا شَكَّ في قُدْرَته وإنْ وثُقَ بأمانةِ نفسِه (كُرِهَ له) أخذُها من مالِكِها الرّشيدِ الجاهِلِ بحالِه حيثُ لم يَتعيَّنْ عليه قبولُها وقيلَ يحرُمُ وعليه كثيرون ويُرَدُّ بأنّه لا يلزمُ من مُجَرَّدِ الخشْيةِ الوُقوعُ ولا ظَنُّه ومن ثَمَّ لو غلب على ظَنِّه وُقوعُ الخيانةِ منه فيها حَرُمَ عليه قبولُها قطعًا كما هو ظاهرٌ أمّا غيرُ مالِكِها كوَليِّه فيحرُمُ عليه إيداعُ مَنْ لم يَثِقْ بأمانَته وإنْ ظَنّ عدمَ الخيانةِ ويحرُمُ عليه قبولُها منه وأمّا إذا علم المالِكُ الرّشيدُ بحالِ الأوّلِ أو الثاني فلا حرمةَ ولا كراهةَ في قبولِها على ما بحثه ابنُ الرِّفعةِ وفيه نَظَرٌ وإنْ أقَرَّه السُّبْكيُّ وغيرُه وسبقَه إليه ابنُ يونُسَ والذي يُتَّجه في الأوّلِ الحرمةُ عليهما إنْ كان في ذلك إضاعةُ مالٍ مُحَرَّمةٌ لِما يأتي وبَقاءُ كراهةِ القبولِ في غيرِ ظَنِّ الخيانةِ وحرمَته فيها أمّا على المالِكِ فلأنّه حامِلٌ له بالإعطاءِ على الخيانةِ المُحَرَّمةِ وأمّا على القابِلِ فلِتَسَبُّبه إلى وُقوعِ الخيانةِ الغالِبةِ منه ثمّ رأيت الزّركشيَّ نَظَرَ فيه أيضًا عندَ العجْزِ ثمّ قال الوجه تَحْريمُه عليهما لإضاعةِ المالِكِ ماله أي إنْ غلب ظَنُّ حُصولِها حينئذٍ ولإعانةِ الوديعِ عليه وعلمُ المالِكِ بعَجْزه لا يُبيحُ له القبولَ اهـ وأمّا إذا تعيَّنَ عليه قبولُها فلا كراهةَ ولا حرمةَ على ما بحثه ابنُ الرِّفعةِ أيضًا وفي عمومِه نَظَرٌ والذي يُتَّجه أنّ ذلك إنّما يرفَعُ كراهةَ القبولِ في غيرِ الأولى دون الحرمةِ فيها؛ لأنّ دَرْءَ المفاسِدِ مُقَدَّمٌ على جَلْبِ المصالِحِ وحيثُ قبِلَ مع الحرمةِ أثِمَ ولم يضمنْ على ما بحثه

فإنْ وثِقَ استُحِبَّ. وَشَرْطُهما شَرْطُ موَكِّلٍ ووَكيلٍ. وَيُشْتَرَطُ صيغةُ المودِعِ كاستَوْدَعْتُكَ هذا أو استَحْفَظْتُكَ أو أنَبْتُكَ في حِفْظِهِ. والأَصَحُّ أنّه لا يُشْتَرَطُ القبولُ لَفْظًا ويَكْفي القبْضُ، ....

السُّبْكيُّ ومَنْ تَبِعَه وفيه نَظَرٌ وعليه قال الأذرَعيُّ الوجه تخصيصُه بالمالِكِ الجائزِ التَّصَرُّفَ ففي نحوِ وديعٍ له الإيداعُ ووَليٍّ يضمنُ بمُجَرَّدِ القبضِ (فإنْ وثِقَ) بأمانةِ نفسِه وقَدَرَ على حِفْظها (استُحِبَّ) له قبولُها؛ لأنّه من التّعاوُنِ المأمورِ به ومَحَلُّه إنْ لم يَخَف المالِكُ من ضَياعِها لو تَرَكها عندَه أي غلب على ظَنِّه ذلك كما هو ظاهرٌ وإلا لَزِمَه قبولُها حيثُ لم يخشَ منه ضَرَرًا يَلْحَقُه أخذًا مِمّا ذكروه في الأمرِ بالمعروفِ وإنْ تعيَّنَ لكن لا مَجّانًا بل بأُجرةٍ لِعَمَلِه وحِرْزِه؛ لأنّ الأصحَّ جوازُ أخذِ الأُجْرةِ على الواجبِ العيْنيِّ كإنْقاذِ غَريقٍ وتعليم نحوِ الفاتحةِ، ولو تعدَّدَ الأُمَناءُ القادِرون فالأوجَه تعيُّنُها على كلِّ مَنْ سأله منهم لِئَلّا يُؤَدِّيَ التّواكلُ إلى تَلَفِها ويظهرُ فيما لو عَلِموا حاجتَه إلى الإيداعِ لَكِنّه لم يسأل أحدًا منهم أنّه لا وجوبَ هنا؛ لأنّه لا تَواكلَ حينئذٍ وأنّه يُستَحَبُّ لِكلٍّ منهم أنْ يعرِضَ له بقَبولِه الإيداعَ إنْ أرادَه وقد يشمَلُ المتنُ هذه الصّورةَ .

(وشرطُهما) أي المودِعِ والوديعِ الدّالُّ عليهما ما قبلَهما (شَرطَ موَكِّلٍ ووَكيلٍ) لِما مَرَّ أنّها توكيلٌ في الحِفْظِ فلا يَجوزُ إيداعُ مُحْرِمٍ صَيْدًا ولا كافِرٍ نحوَ مُصْحَفٍ ومَرَّتْ شُروطُهما في الوكالةِ مع ما يُستَثنَى منها لِمعنًى لا يأتي هنا فلا يُرَدُّ عليه ويَجوزُ إيداعُ مُكاتَبٍ لكن بأُجرةٍ لامتناعِ تَبَرُّعِه بمَنافِعِه من غيرِ إذْنِ السَّيِّدِ (ويُشتَرَطُ) المُرادُ بالشرطِ هنا ما لا بُدَّ منه (صيغةُ المودِعِ) بلفظٍ أو إشارةِ أخرسَ مُفْهِمةٍ صريحةً كانت (كاستودَعْتُك هذا أو استَحْفَظْتُك) هـ (أو أنَبْتُك في حِفْظه) أو أودَعْتُكه أو أستودِعُه أو أستَحْفِظُه أو كِنايةٍ كخُذْه وككِنايةٍ مع النّيّةِ فلا يجبُ على حَمّاميٍّ حِفْظُ ثيابِ مَنْ لم يستَحْفِظْه خلافًا لِقولِ القاضي يجبُ للعادةِ فعلى الأوّلِ لا يضمنُها لو ضاعَتْ وإنْ فرَّطَ في حِفْظها بخلافِ ما إذا استَحْفَظَه وقَبِلَ منه أو أعطاه أُجْرةً لِحِفْظها فيضمنُها إنْ فرَّطَ كأنْ نام أو نَعَسَ أو غابَ ولم يستَحْفِظْ غيرَه أي وهو مثلُه كما هو ظاهرٌ وإنْ فسَدَت الإجارةُ ومثلُ ذلك الدّوابُّ في الخانِ فلا يضمنُها الخانيُّ إلا إنْ قبِلَ الاستحفاظَ أو الأُجرةَ وليس من التّفريطِ فيهما ما لو كان يُلاحِظُه كالعادةِ فتَغَفَّله سارِقٌ أو خرجت الدّابّةُ في بعضِ غَفَلاته؛ لأنّه لم يُقَصِّرْ في الحِفْظِ المُعتادِ وظاهرٌ أنّه يُقْبَلُ قولُه فيه بيَمينِه؛ لأنّ الأصلَ عدمُ التقصيرِ (والأصحُّ أنّه لا يُشتَرَطُ القبولُ) من الوديعِ لِصيغةِ العقدِ أو الأمرِ (لفظًا و) يُحتَمَلُ أنّها استئنافيّةٌ وأنّها عاطِفة على لا يُشْتَرَطُ (يكفي) مع عدم اللّفْظِ والرّدِّ منه (القبضُ)، ولو على التّراخي كما في الوكالةِ والمُرادُ بالقبضِ هنا حَقيقَتُه السّابِقة في البيعِ لِقولِهم لا يكفي الوضْعُ هنا بين يَدَيْه مُطْلَقًا أي حيثُ لم يَقُلْ مثلاً ضَعْه لِما يأتي فيه وفارَقَ ذاك بأنّ التّسليمَ ثَمَّ واجبٌ لا هنا وقضيّةُ كلامِه أنّه مع القبولِ لا يُشْتَرَطُ قبضٌ فلو قال هذا وديعَتي عندَك كذا عَبَّرَ به في الروضةِ عن البغَويّ والظّاهرُ أنّه مِثالٌ وأنّه يكفي هذا وديعةٌ إذا قامت قرينةٌ على المُرادِ ثم رأيت شارِحًا نَقَلَ هذه

ولو أودَعَه صَبيٌّ أو مَجْنونٌ مالاً لم يَقْبله فإنْ قَبِلَ ضَمن.

عن التّهْذيبِ وينبغي حملُه على ما ذكرْته أو احفَظْه فقال قبِلْت أو ضَعْه فوَضَعَه في موضِعٍ كان إيداعًا وهو ما قاله البغَويّ وقال المُتَوَلّي لا بُدَّ من قبضِه وفي فتاوَى الغزاليّ لو قال ضَعْه فوَضَعَه في موضِعٍ بيَدِه كان إيداعًا وإلا كانظُرْ إلى مَتاعي في دُكّاني فقال، نعم: لم يكن إيداعًا وكلامُ البغَويّ أوجَه سواءٌ المسجِدُ وغيرُه؛ لأنّ اللّفظَ أقوى من مُجَرَّدِ الفعلِ ثمّ رأيت الرّافِعيَّ في الصّغيرِ والأذرَعيَّ رجحاه أيضًا ومن ثَمَّ جزَمَ به في الأنوارِ ومَنْ تَبِعَه فقالوا في صَبيٍّ جاءَ بحِمارٍ لِراعٍ أي والحِمارُ لِغيرِه الآذِنِ له في ذلك ولا نَظَرَ لِفَسادِ العقدِ هنا كما هو ظاهرٌ إذِ الصّبيُّ لا يصحُّ تَوَكُّلُه عن غيرِه في غيرِ نحوِ إيصالِ الهديّةِ؛ لأنّ للفاسِدِ حكمَ الصّحيحِ ضمانًا وعدمَه فإطلاقُ ذاكِري هذه المسألَةَ يُحْمَلُ على ذلك لِما يأتي في إيداعِ الصّبيِّ ماله فقال له دَعْه يرتع مع الدّوابِّ ثمّ ساقَها كان مُستودِعًا له وواضِحٌ أنّ سوْقَها ليس بشرطٍ، نعم، يُتَّجه ما قاله الغزاليُّ آخِرًا؛ لأنّ مأخذَ الفسادِ فيه إمّا كونُ أنّ أمرَه بالنّظَرِ لا يستَلْزِمُ إيداعًا وإنْ أجابَ بنَعَم أو قبِلْت، أو أنّ كونَه بيَدِ المالِكِ يمنعُ من استيلائه عليه ومن ثَمَّ صوَّرَ كلامُ البغَويّ بما إذا كان الوضْعُ بين يَدَيْه بحيثُ يُعَدُّ مُستوليًا عليه ثمّ رأيت غيرَ واحِدٍ اعتَمَدوا ما اعتَمَدْته من كلامِ البغَويّ وآخِرِ كلامِ الغزاليّ فجزَموا بأنّ مَنْ قال لِآخرَ عن مَتاعِه بمسجِدٍ، أو دارٌ بابه مفتوحٌ احفَظْه.

فقال: نعم، ثمّ خرجَ المالِكُ، ثمّ الآخرُ وتَرَكَ البابَ مفتوحًا ضَمِنَه أي إنْ عُدَّ مُستوليًا عليه بخلافِ ما لو أغلَقَ المالِكُ البابَ ثمّ قال لِآخرَ: احفَظْه وانظُرْ إليه فأهمَله فسُرِقَ فلا يضمنُه، ومتى رَدَّ ثمّ ضَيَّعَ كأنْ ذَهَبَ وتَرَكَها ولم يكن قبضَها، أو قبضَها حِسبةً بأنْ صانَها عن ضَياعٍ عَرَضَتْ له، ولو من مالِكِها الرّشيدِ فيما يظهرُ ويُحْتَمَلُ خلافُه ولم يضمنْها وذَهابُه بدونِها والمالِكُ حاضِرٌ رَدٌّ ولا إثمَ عليه هنا مُطْلَقًا فيما يظهرُ خلافًا لِما يوهِمُه بعضُ العباراتِ؛ لأنّه بعدَ الرّدِّ الذي علم به المالِكُ لا يُنْسَبُ إليه تقصيرٌ بوجهٍ بخلافِه فيما إذا لم يقبل ولم يقبِضْ فإنّه يأثَمُ إنْ ذَهَبَ وتَرَكَها بعدَ غَيْبةِ المالِكِ؛ لأنّه غَرَّه، .

ولو وُجِدَ لفظٌ من الوديعِ وأعطاه من المودِعِ كان إيداعًا أيضًا على الأوجَه وِفاقًا للأذرَعيِّ والزّركشيِّ وخلافًا لِما يوهِمُه المتنُ وغيرُه فالشرطُ لفظُ أحدِهِما وفعلُ الآخرِ لِحُصولِ المقصودِ به ويدخلُ ولَدُ الوديعةِ تَبَعًا لها؛ لأنّ الأصحَّ أنّ الإيداعَ عقدٌ لا مُجَرَّدُ إذْنٍ في الحِفْظِ فلا يجبُ رَدُّه إلا بالطّلَبِ وقيلَ أمانةٌ شرعيّةٌ فيجبُ رَدُّه عَقِبَ علمِه به فوْرًا ويُفَرَّقُ بينه وبين ولَدِ المرْهونةِ والمُؤْجَرةِ بأنّ تعلُّقَ الرّهْنِ، أو الإجارةِ به فيه إلحاقُ ضَرَرٍ بالمالِكِ لم يرضَ به بخلافِ ما هنا؛ لأنّ حِفْظَه منفعةٌ له فهو راضٍ به قطعًا ويأتي في التعليقِ هنا ما مَرَّ في الوكالةِ، (ولو أودَعَه صَبيٌّ)، ولو مُراهِقًا كامِلَ العقلِ (أو مجنونٌ مالاً لم يقبله) أي لم يَجُزْ له قبولُه؛ لأنّ فعله كالعدم (فإنْ قبِله ضَمِنَ) هـ بأقصَى القِيَمِ كما هو ظاهرٌ إذا قبضه ولم يَبْرَأْ إلا بردِّه لِمالِكِ أمرِه؛ لأنّه كالغاصِبِ لِوَضْعِه يَدَه عليه بغيرِ إذْنٍ مُعتَبَرٍ

ولو أودَعَ صَبيًا مالاً فتَلِفَ عندَه لم يَضْمَنْ، وإنْ أتْلَفه ضَمن في الأصَحِّ. والمحْجورُ عليه بسَفَهٍ كَصَبيٍّ وَتَرْتَفِعُ بمَوْتِ المودِعِ أو المودَعِ وجُنونِه وإغْمائِه، ولهما الاستِرْدادُ والرّدُّ كُلَّ وقْتٍ.

فاندَفع ما يُقالُ فاسِدُ الوديعةِ كصحيحِها وما يُقالُ أخذًا من هذا يُفَرَّقُ بين باطِلِ الوديعةِ وفاسِدِها، ووجه اندِفاعِ هذا أنّها حيثُ قُبِضَتْ بإذْنٍ مُعتبَرٍ ففاسِدُها كصحيحِها وحيثُ لا فلا فالفرقُ بين الباطِلِ والفاسِدِ هنا لا يصحُّ بإطلاقِه والكلامُ حيثُ لم يَخَفْ ضَياعَها فإنْ خافَه وأخذَها حِسبةً لم يضمنْ كما مَرَّ، وكذا لو أتْلَفَ نحوُ صَبيٍّ مودِعٍ وديعَتَه؛ لأنّ فعله لا يُمْكِنُ إحباطُه، وتَضْمينُه ما لِنفسِه مُحالٌ فتعيَّنَتْ براءةُ الوديعِ، (ولو أودَعَ) مالِكٌ كامِلٌ (صَبيًا)، أو مجنونًا (مالاً فتَلِفَ عندَه)، ولو بتفريطِه (لم يضمنْ) هـ إذْ لا يصحُّ التزامُه للحِفْظِ (وإنْ أتْلَفه) وهو مُتَمَوَّلٌ إذْ غيرُه لا يُضْمَنُ (ضَمِنَ) هـ (في الأصحِّ) وإنْ قُلْنا إنّه عقدٌ؛ لأنّه من أهلِ الضّمانِ ولم يُسَلِّطْه على إتلافِه وبه فارَقَ ما لو باعَه شيئًا وسَلَّمَه له فأتْلَفَه لا يضمنُه؛ لأنّه سلَّطَه عليه أمّا لو أودَعَه غيرُ مالِكٍ، أو ناقِصٌ، فإنّه يضمنُ بمُجَرَّدِ الاستيلاءِ التّامِّ (والمحجورُ عليه لِسَفَهٍ كالصّبيِّ) مودِعًا ووَديعًا فيما ذُكِرَ فيهما بجامِعِ عدم الاعتدادِ بفعلِ كلٍّ، وقولُه: أمّا السّفيه المُهْمَلُ فالإيداعُ منه وإليه كسائِرِ تَصَرُّفاته فيصحُّ والقِنُّ بغيرِ إذْنِ مالِكِه كالصّبيِّ فلا يضمنُ بالتّلَفِ وإنْ فرَّطَ بخلافِ ما إذا أتْلَفَ فيتعلَّقُ برَقَبَتِه.

(وترتَفِعُ) الوديعةُ أي ينتَهي حكمُها بما ترتَفِعُ به الوكالةُ مِمّا مَرَّ فترتَفِعُ (بموت المودِعِ أو المودَعِ وجُنونِه وإغمائِه) أي بقَيْدِه السّابِقِ في الشّركةِ كما هو ظاهرٌ وبالحجْرِ عليه لِسَفَهٍ قال القموليُّ، ولو حُجِرَ عليه حَجْرَ فلَسٍ فلا نَقْلَ فيها عن الأصحابِ ويظهرُ أنّ الإيداعَ لا يرتَفِعُ وتُسَلَّمُ للحاكِمِ ا هـ والضّميرُ في عليه للمالِكِ كما يُصَرِّحُ به سياقُه ويوجَّه عدمُ ارتفاعِه ببَقاءِ أهليّةِ المُفْلِسِ حتى في الأموالِ كالشّراءِ في الذِّمّةِ وتَسليمِها للحاكِمِ أي من الوديعِ إذا أرادَ رَدَّ الوديعةِ فإنّ يَدَ المالِكِ لا أهليّةَ فيها بالنّسبةِ لأعْيانِ الأموالِ خوفَ إتلافِه لها.

أمّا الحجْرُ بالفلَسِ على الوديعِ فترتَفِعُ به كما هو ظاهرٌ مِمّا تقرّر أنّ يَدَه لا أهليّةَ فيها لِبَقاءِ الأموالِ تحتَها وبِعَزْلِ الوديعِ لِنفسِه وبِعَزْلِ المالِكِ له وبالإنكارِ لِغيرِ غَرَضٍ؛ لأنّها وكالةٌ في الحِفْظِ وهي ترتَفِعُ بذلك وبِكلِّ فعلٍ مُضَمِّنٍ وبالإقرارِ بها لِآخرَ وبِنَقْلِ المالِكِ الملك فيها ببيعٍ، أو نحوِه وفائِدةُ الارتفاعِ أنّها تَصيرُ أمانةً شرعيّةً فعليه الرّدُّ لِمالِكِها، أو وليِّه إنْ عَرَفَه أي إعلامُه بها، أو بمَحَلِّها فوْرًا عندَ التّمَكُّنِ وإنْ لم يَطْلُبْه كضالّةٍ وجدها وعَرَفَ مالِكها فإنْ غابَ رَدَّها للحاكِمِ أي الأمينِ أخذًا مِمّا يأتي وإلا ضَمِنَ وفي المُهَذَّبِ أنّ الطّائِرَ ليس مثلها وفيه نَظَرٌ وإنْ أمكنَ توجيهُه وفي فتاوَى البغَويِّ في قِنٍّ هَرَبَ ودخل ملكه وعلم به وبِمالِكِه فلم يُعْلِمْه فخرج لا يضمنُه وفيه نَظَرٌ أيضًا وإن اعتمده الغزّيُّ بل الأوجَه قولُ القموليِّ: إنّه كالثوْبِ (ولَهما) يعني للمالِكِ (الاسترْدادُ و) للوَديعِ (الرّدُّ كلَّ وقتٍ) لِجوازِها من الجانِبَين، نعم: يحرُمُ الرّدُّ حيثُ وجَبَ القبولُ ويكونُ خلافَ الأولى حيثُ نُدِبَ

وأَصْلُها الأَمانةُ، وَقد تَصيرُ مَضْمونةً بعَوارِضَ: منها أَنْ يودِعَ غيرَه بلا إِذْنٍ ولا عُذْرٍ، فَيَضْمَنُ. وَقيلَ إِنْ أَودَعَ القاضيَ لم يَضْمَنْ، وإذا لم يُزِلْ يَدَه عنها جازَت الاستِعانةُ بمَنْ يَحْمِلُها إلى الحِرْزِ ....

ولم يرضَه المالِكُ وتَثنيةُ الضّميرِ هنا لا يُنافيها إفرادُه قبله خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه فقال لا وجهَ لِذلك؛ لأنّ هذا سياقٌ آخرُ لا تعلُّقَ له بذلك بل يلزمُه على تعلُّقِه به فسادُ الحكمِ وهو تقييدُ قولِه ولَهما بحالةِ ارتفاعِها ولا قائِلَ به.

(وأصلُها)، ولو بجُعْلٍ وإنْ كانت فاسِدةً بقَيْدِها السّابِقِ (الأمانةُ) بمعنى أنّها مُتأصِّلةٌ فيها لا تَبَعٌ كالرّهْنِ؛ لأنّ اللّهَ تعالى سمّاها أمانةً بقولِه عزَّ قائِلًا ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة:٢٨٣] ولِئَلّا يرغَبَ النّاسُ عنها وعُلِمَ من قولي وإنْ كانت فاسِدةً أنّه لو شَرَطَ رَكوبَها، أو لُبْسَها كانت قبلَ ذلك أمانةً وبعدَه عاريّةً فاسِدةً ومن كلامِه أنّها لو بَقِيَتْ في يَدِه مُدّةً بعدَ التّعدّي لَزِمَه أُجْرَتُها لارتفاعِ الأمانةِ به (وقد تَصيرُ مَضمونةً بعَوارِضَ منها أنْ يودِعَ غيرَه)، ولو ولَدَه وزوجَتَه وقِنّه، نعم، له كما سيأتي الاستعانةُ بهم حيثُ لم تَزُلْ يَدُه لِجَرَيانِ العُرْفِ به (بلا إذْنٍ ولا عُذْرٍ فيضمنُ) الوديعةَ؛ لأنّ المالِكَ لم يرضَ بأمانةِ غيرِه ولا يَدِه أي يَصيرُ طَريقًا في ضمانِها فعُلِمَ أنّ القرارَ على مَنْ تَلِفت عندَه ما لم يكن الثاني جاهِلًا؛ لأنّ يَدَه يَدُ أمانةٍ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ في الغصبِ وللمالِكِ تَضمينُ مَنْ شاءَ فإنْ ضَمَّنَ الثانيَ وهو جاهِلٌ رجع وإنْ كان التّلَفُ عندَه على الأوّلِ، أو عالِمٌ فلا؛ لأنّه غاصِبٌ، أو الأوّلُ رجع على العالِمِ لا الجاهِلِ (وقيلَ إنْ أودعَ القاضي لم يضمنْ)؛ لأنّه نائِبُ الشرعِ والأصحُّ أنّه لا فرقَ وإنْ غابَ المالِكُ؛ لأنّه قد لا يرضى به، نعم، إنْ طالَتْ غَيْبَتُه أي عُرْفًا وإنْ كانَ لِدونِ مَسافة القصْرِ فيما يظهرُ جازَ إيداعُها له كما بحثه جمعٌ ومَحَلُّه في ثِقة أمينٍ وذلك؛ لأنّه نائِبُه ولأنّ في مُصابَرةِ حِفْظِها مع طولِ الغيْبةِ مَنْعًا لِلنّاسِ من قبولِها ويلزمُ القاضيَ قبولُ عَينِ الغائِبِ إنْ كانت أمانةً بخلافِ الدّين والمضْمونةِ كما يأتي بما فيه قُبَيْلَ القِسمةِ؛ لأنّ بَقاءَهما في ذِمّةِ المدينِ ويَدُ الضّامِنِ أحفَظُ أمّا مع العُذْرِ كسَفَرٍ أي مُباحٍ كما بحثه الأذرَعيُّ ومَرَضٍ وخوفٍ فلا يضمنُ بإيداعِها عندَ تعذُّرِ المالِكِ ووَكيلِه لِقاضٍ أي أمينٍ ثمّ لِعَدْلٍ كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي ونوزِعَ في التقييدِ بالمُباحِ ويُرَدُّ بأنّ إيداعَها لِغيرِه رُخْصةٌ فلا يُبيحُها سفَرُ المعصيةِ (وإذا لم يُزِلْ) بضَمِّ التحتيّةِ فكسرٍ ويصحُّ بضَمِّ الفوقيّةِ ففتحٍ وعكسُه (يَدَه عنها جازَتْ) له (الاستعانةُ بمن يحمِلُها)، ولو خَفيفة أمكنَه حملُها من غيرِ مَشَقة على الأوجَه (إلى الحِرْزِ) أو يحفَظَها، ولو أجنَبيًّا إنْ بَقيَ نَظَرُه عليها كالعادةِ وهل يُشْتَرَطُ كونُه ثِقة الذي يظهرُ نعم، إنْ غابَ عنه لا إنْ لازَمَه كالعادةِ ويُؤَيِّدُه ما يأتي أنّه لو أرسَلها مع مَنْ يسقيها وهو غيرُ ثِقة ضَمِنَها، وقولُهم متى كانت بمخزَنِه فخرج واستَحْفَظَ عليها ثِقة يختَصُّ به أي بأنْ يقضيَ العُرْفُ بغلبةِ استخْدامِه له فيما يظهرُ ويُحْتَمَلُ ضَبْطُه بمن لا يستَحْيي من استخْدامِه لم يضمنْ وإنْ لم يُلاحِظْه بخلافِ ما إذا استَحْفَظَه غيرُ ثِقة، أو مَنْ لا يختَصُّ به، أو وضَعَها بغيرِ مسكنِه ولم يُلاحِظْها.

أو يَضَعُها في خِزانةٍ مُشْتَرَكةٍ. وإذا أرادَ سَفَرًا فَلْيَرُدَّ إلى المالِكِ أو وكيلِه فإنْ فَقَدَهما فالقاضي فإنْ فَقَدَه فأمينٌ. فإنْ دَفَنَها بمَوْضِعٍ وسافَرَ ضَمِن فإنْ أَعْلَمَ بها أمينًا يَسْكُنُ المَوْضِعِ لم يَضْمَنْ في الأَصَحِّ.

(أو يَضَعَها في خِزانةٍ) بكسرِ الخاءِ من خَشَبٍ، أو بناءٍ مثلًا كما شَمَله كلامُهم (مشتَرَكةٍ) بينه وبين الغيرِ.

ويظهرُ أنّه يُشْتَرَطُ مُلاحَظَتُه لها وعدمُ تمكينِ الغيرِ منها إلا إنْ كان ثِقة (وإذا أرادَ سفرًا) مُباحًا كما مَرَّ وإنْ قصَّرَ وظاهرٌ مِمّا قدَّمْته أنّ التقييدَ بالمُباحِ هنا ليس بالنّسبةِ لِلرَّدِّ للمالِكِ أو وكيلِه بل لِمَنْ بعدَهما (فلْيَرُدَّ إلى المالِكِ)، أو وليِّه (أو وكيلِه) العامِّ أو الخاصِّ بها حيثُ لم يعلم رِضاه ببَقائِها عندَه فيما يظهرُ لا سيَّما أنّ قِصَرَ السّفَرِ كالخُروجِ لِنحوِ ميلٍ مع سُرْعةِ العودِ ومتى رَدَّها مع وجودِ أحدِهِما لِقاضٍ أو عَدْلٍ ضَمِنَ وفي جوازِ الرّدِّ للوَكيلِ إذا علم فِسقَه وجَهله الموَكِّلُ وعلم من حالِه أنّه لو علم فِسقَه لم يوَكِّلْه نَظَرٌ ظاهرٌ (فإنْ فقَدَهما) لِغَيْبةٍ، أو حَبْسٍ مع عدمِ تَمَكُّنِ الوُصولِ لهما (فالقاضي) يَرُدُّها إليه إنْ كان ثِقة مأمونًا؛ لأنّه نائِبُ الغائِبِ ويلزمُه القبولُ كما مَرَّ والإشهادُ على نفسِه بقبضِها، ولو أمَرَه القاضي بدَفْعِها لأمينٍ كفَى إذْ لا يلزمُه تَسَلُّمُها بنفسِه (فإنْ فقدَه فأمينٌ) بالبلَدِ يدفَعُها إليه لِئَلّا يتضَرَّرَ بتأخيرِ السّفَرِ ويلزمُه الإشهادُ على الأمينِ بقبضِها على الأوجَه وكان الفرقُ أنّ أُبَّهةَ القاضي تأبى الإشهادَ عليه فيلزمُه أنْ يُشْهِدَ على نفسِه بخلافِ الأمينِ وتكْفي فيه العدالةُ الظّاهرةُ ما لم يتيَسَّرْ عَدْلٌ باطِنًا فيما يظهرُ.

ومتى تَرَكَ هذا التّرتيبَ مع قُدْرَته عليه ضَمِنَ وبه يُعْلَمُ أنّه لا عبرةَ بوجودِ القاضي الجائِرِ ومن ثَمَّ حَمَلَ الفارِقيُّ إطلاقَهم له على زَمَنِهم قال أمّا في زَمانِنا فلا يضمنُ بالإيداعِ لِثِقة مع وجودِ القاضي قطعًا لِما ظهر من فسادِ الحُكّامِ وذُكِرَ أنّ شيخَه الشيخَ أبا إسحاقَ أمَرَه في نحوِ ذلك بالدفعِ للحاكِمِ فتوَقَّفَ فقال له يا بُنَيَّ التحقيقُ اليومَ تخريقٌ، أو تمزيقٌ ويُؤْخَذُ منه أنّ مَحَلَّ العُدولِ بها عن الحاكِمِ الجائِرِ ما لم يخشَ منه على نحوِ نفسِه، أو مالِه وحينئذٍ يظهرُ أنّ سفرَه بها مع الأمنِ خيرٌ من دَفْعِها للجائِرِ، ولو عادَ الوديعُ من السّفَرِ جازَ له استرْدادُها وإنْ نازع فيه الإمامُ، ولو أذِنَ له المالِكُ في السّفَرِ بها إلى بَلَدٍ كذا في طَريقِ كذا فسافَرَ في غيرِ تلك الطّريقِ أي مع إمكانِ السّفَرِ فيما نصَّ له عليه فيما يظهرُ ووَصَلَ لِتلك البلَدِ فنُهِبَتْ منها ضَمِنَها لِدخولِها في ضمانِه بمُجَرَّدِ عُدولِه عن الطّريقِ المأذونِ فيها ويظهرُ أنّه لو كان للبَلَدِ طَريقانِ تعيَّنَ سُلوكُ آمَنِهما فإن استَوَيا ولا غَرَضَ له في الأطوَلِ فأقصَرُهما (فإنْ دَفَنَها)، ولو في حِرْزٍ (وسافَرَ ضَمِنَ)؛ لأنّه عَرَّضَها لِلضَّياعِ (فإنْ أعلمَ بها أمينًا) وإنْ لم يُرِه إيّاها (يسكُنُ الموضِعَ) وهو حِرْزُ مثلِها أو يُراقِبُه من سائِرِ الجوانِبِ، أو من فوقِ مُراقَبةَ الحارِسِ واكتَفَى جمعٌ بكونِه في يَدِه (لم يضمنْ في الأصحِّ)؛ لأنّ ما في الموضِعِ في يَدِ ساكِنِه فكأنّه أودَعَه إيّاه ومنه يُؤْخَذُ أنّ مَحَلَّ ذلك عندَ تعذُّرِ القاضي الأمينِ وإلا ضَمِنَ ثمّ رأيتهم صرحوا به ثمّ قيلَ هذا

ولو سافَرَ بها ضَمن إلّا إذا وقَعَ حَريقٌ أو غارةٌ وعَجَزَ عَمَّنْ يَدْفعُها إليه كما سَبَقَ، والحريقُ والغارةُ في البُقْعةِ وإشْرافُ الحِرْزِ على الخرابِ أعْذارٌ كالسّفَرِ.
وإذا مَرِضَ مَرَضًا مَخوفًا فَلْيَرُدَّها إلى المالِكِ أو وكيلِه، وإلّا فالحاكِمِ أو إلى أمينٍ أو يوصي بها، ....

الإعلامُ إشهادٌ فيجبُ رجلانِ، أو رجلٌ وامرأتانِ على الدفنِ والأصحُّ أنّه ائتمانٌ كما تقرّر فيكفي إعلامُ امرأةٍ وإنْ لم تَحْضُرْه وعليه فظاهرُ كلامِهم أنّه لا يجبُ إشهادٌ هنا وكان الفرقُ أنّها هنا ليستْ في يَدِ الأمينِ حَقيقةً بخلافِه ثَمَّ وهو مُتَّجِهٌ إنْ كان بحيثُ لا يتمَكَّنُ من أخذِها وإلا فالذي يُتَّجه وجوبُ الإشهادِ؛ لأنّها حينئذٍ كالتي بيَدِه (ولو سافرَ) مَنْ أودَعَها في الحضَرِ ولم يعلم أنّ من عادَته السّفَرَ، أو الانتجاعَ (بها) وقَدَرَ على دَفْعِها لِمَنْ مَرَّ بترتيبه (ضَمِنَ) وإنْ كان في بَرٍّ آمِنٍ؛ لأنّ حِرْزَ السّفَرِ دون حِرْزِ الحضَرِ ومن ثَمَّ جاءَ عن بعضِ السّلَفِ المُسافرُ ومالُه على قلَتٍ أي بفتحِ القافِ واللّامِ هَلاكٍ إلا ما وقَى اللّه ووَهِمَ مَنْ رَواه حديثًا كذا نُقِلَ عن المُصَنِّفِ ومِمَّنْ رَواه حديثًا الدّيْلَميُّ وابنُ الأثيرِ وسَنَدُهما ضعيفٌ لا موضوعٌ أمّا إذا أودَعَهما في السّفَرِ فاستَمَرَّ مُسافِرًا، أو أودَعَ بَدْويًّا، ولو في الحضَرِ، أو مُنْتَجِعًا فانتجَعَ بها فلا ضمانَ لِرِضا المالِكِ بذلك حين أودَعَه عالِمًا بحالِه ومن ثَمَّ لو دَلَّتْ قرينةُ حالِه على أنّه إنّما أودَعَه فيه لِقُربه من بَلَدِه امتنع إنْشاؤُه لِسَفَرٍ ثانٍ (إلا إذا وقَعَ حَريقٌ، أو غارةٌ وعَجَزَ عَمَّنْ يدفعُها إليه) من المالِكِ، أو وكيلِه ثمّ الحاكِمِ ثمّ أمينٍ (كما سبَقَ) قريبًا فلا يضمنُ للعُذْرِ بل إذا علم أنّه لا يُنْجيها من الهلاكِ إلا السّفَرُ لَزِمَه بها وإنْ كان مَخوفًا فإنْ لم يعلم ذلك فإنْ كان احتمالُ الخوفِ في الحضَرِ أقرَبَ جازَ.

ولو قيلَ يجبُ لم يَبْعُدْ ويُتَّجه وجوبُ مُؤْنةِ نحوِ حملِها هنا على المالِكِ؛ لأنّ المصْلَحةَ له لا غيرُ ويأتي في الرُّجوعِ بها ما يأتي قريبًا في النّفَقة وما اقتضاه سياقُه أنّه لا بُدَّ في نفيِ الضّمانِ من العُذْرِ والعجْزِ المذكورَين غيرُ مُرادٍ بل العجْزُ كافٍ كما عُلِمَ من كلامِه قبلُ (والحريقُ والغارةُ) الأفْصَحُ الإغارةُ ومع ذلك الغارةُ هنا أولى؛ لأنّها الأثَرُ وهو العُذْرُ في الحقيقة (في البُقْعةِ وإشرافُ الحِرْزِ على الخرابِ) ولم يَجِدْ في الكلِّ ثَمَّ حِرْزًا ينقُلُها إليه (أعذارٌ كالسّفَرِ) في جوازِ إيداعِ مَنْ مَرَّ بترتيبه.

(وإذا مَرِضَ) مَرَضًا (مَخوفًا فلْيَرُدَّها إلى المالِكِ)، أو وليِّه (أو وكيلِه) العامِّ، أو الخاصِّ بها (وإلا) يُمْكِنْه رَدُّها لأحَدِهِما (فالحاكِمُ) الثّقة المأمونُ يَرُدُّها إليه (أو أمينٌ) يَرُدُّها إليه إنْ فقَدَ القاضيَ وسواءٌ فيه هنا وفي الوصيّةِ الوارثُ وغيرُه ولو ظَنّه أمينًا فكان غيرَ أمينٍ ضَمِنَ؛ لأنّ الجهْلَ لا يُؤَثِّرُ في الضّمانِ أي مع تقصيرِه في البحثِ عنه فلا يُنافي ما يأتي أنّه قد يُؤَثِّرُ فيه كما لو ظَنّ الوليَّ مالِكًا، أو نَقَلَ بظَنِّ أنّها ملكُه ومَحَلُّه إنْ وضَعَ المظْنونُ أمانَتَه يَدَه عليها وإلا لم يضمن الوديعُ على الأوجَه من وجهَين؛ لأنّه لم يُحْدِثْ فيها فعلًا (أو) عَطْفٌ على ما بعدَ إلا ليُفيدَ ضَعْفَ قولِ التّهْذيبِ يكفيه الوصيّةُ وإنْ أمكنَه الرّدُّ للمالِكِ (يوصيَ بها) إلى الحاكِمِ فإنْ فُقِدَ فإلى أمينٍ كما أومأ إليه كلامُه السّابِقُ

فإنْ لم يَفْعَلْ ضَمن، إلّا إذا لم يَتَمَكَّنْ بأنْ ماتَ فَجْأَةً.

من أنّ الحاكِمَ مُقَدَّمٌ على الأمينِ في الدفعِ فكذا الإيصاءُ فالتّخْيِيرُ المذكورُ محمولٌ على ذلك كما تقرّر والمُرادُ بالوصيّةِ الأمرُ بردِّها بعدَ موته من غيرِ أنْ يُسَلِّمَها للوَصيِّ وإلا كان إيداعًا فيضمنُ به إنْ كان الوصيُّ غيرَ أمينٍ أو أمكنَ الرّدُّ إلى قاضٍ أمينٍ ويُشْتَرَطُ الإشهادُ على ما فعله من ذلك صونًا لها عن الإنكارِ وأنْ يُشيرَ لِعَينها، أو يَصِفَها بمُمَيِّزِها وحينئذٍ فإنْ لم يوجَدْ في تَرِكته ما أشارَ إليه، أو وصَفَه فلا ضمانَ كما رجحه جمعٌ مُتَقَدِّمون وهو مُتَّجَهٌ وإنْ أطالَ البُلْقينيُّ في الانتصارِ لِخلافِه قال ولا ضمانَ فيما إذا علم تَلَفَها بعدَ الوصيّةِ بلا تفريطٍ في حياته، أو بعدَ موته وقبلَ تَمَكُّنِ الوارثِ من الرّدِّ ورجح المُتَوَلّي وغيرُه ضمانَ وارثٍ قصَّرَ بعدمِ إعلام مالِكٍ جَهِلَ الإيصاءَ، أو بعدمِ الرّدِّ بعدَ طَلَبه وتَمَكُّنِه منه وإنْ وجد ما هو بتلك الصِّفة من غيرِ تعدُّدٍ لم يقبل الوارثُ أنّها غيرُ الوديعةِ لِمُخالفته لِما أَقَرَّ به موَرِّثُه أنّ ما بهذه الصِّفة ليس له فعُلِمَ أنّ قوله عندي وديعةٌ لِفُلانٍ، أو ثَوْبٌ له لا يدفَعُ الضّمانَ عنه وُجِدَ في الثانيةِ في تَرِكته ثَوْبٌ واحدٌ، أو أثوابٌ أو لم يوجَدْ.

وكذا لو وصَفَه ووُجِدَ عندَه أثوابٌ بتلك الصِّفة لِتقصيرِه في البيانِ وفارَقَ وجودُ عَيْنٍ واحدةٍ هنا من الجنسِ وجودَ واحدةٍ بالوصْفِ؛ لأنّه لا تقصيرَ ثَمَّ بخلافِه هنا ولا يُعْطَى شيئًا مِمّا وُجِدَ في هذه الصّوَرِ خلافًا لِلسُّبْكيِّ ومَنْ تَبِعَه وكالمرَضِ المخوفِ ما أُلْحِقَ به مِمّا مَرَّ نعم، الحبسُ للقتلِ في حكم المرَضِ هنا لا ثَمَّ كما مَرَّ؛ لأنّ هذا حَقُّ آدَميٍّ ناجِزٌ فاحتيطَ له أكثرَ بجَعْلِ مُقَدِّمةِ ما يُظَنُّ منه الموتُ بمنزلةِ المرَضِ (فإنْ لم يَفعَلْ) كما ذُكِرَ (ضَمِنَ) لِتقصيرِه بتعريضِها للفَوات؛ لأنّ الوارثَ يعتَمِدُ ظاهرَ اليدِ ويَدَّعيها له وإنْ وُجِدَ خَطُّ مورِّثِه؛ لأنّه كِنايةٌ وقَيَّدَه ابنُ الرِّفعةِ بما إذا لم يكن بها بَيِّنةٌ باقيةٌ وهو ظاهرٌ معلومٌ مِمّا مَرَّ في الوصيّةِ وتَرَدَّدَ الرّافِعيُّ في أنّ هذا الضّمانَ يتبَيَّنُ بالموت وجودُه من أوّلِ المرَضِ حتى لو تَلِفت فيه ضَمِنَها، أو لا يدخلُ وقتُه إلا بالموت والذي رجحه الأذرَعيُّ كالسُّبْكيِّ وسبقَهما إليه الإمامُ الثاني ووجهُه أنّ الموتَ كالسّفَرِ فلا يتحَقَّقُ الضّمانُ إلا به ورجح الإسنَويُّ أنّه بمُجَرَّدِ المرَضِ يَصيرُ ضامِنًا إذا لم يوصِ وإنْ شُفيَ ولا يشهَدُ له ما لو لم يُطْعِمْها حتى مَضَتْ مُدّةٌ يَموتُ مثلُها فيها غالِبًا فإنّها تَصيرُ مَضْمونةً وإنْ لم تَمُتْ؛ لأنّ في هذا فعلاً مُفْضِيًا لِلتَّلَفِ ظَنًّا وليس مُجَرَّدُ تركِ الإيصاءِ كذلك (إلا) مُنْقَطِعٌ؛ لأنّ المُقَسَّمَ مَرَضٌ مَخوفًا (إذا لم يتمَكَّنْ بأنْ مات فجأةً) أو قُتِلَ غيلةً لانتفاءِ التقصيرِ ولو أوصَى بها على الوجه المعتبَرِ فلم توجَدْ بتَرِكته لم يضمنْها كما مَرَّ، وكذا لو لم يوصِ فادَّعَى المودِعُ أنّه قصَّرَ وقال الوارثُ لَعَلَّها تَلِفت قبلَ أنْ يُنْسب لِتقصيرٍ فيُصَدَّقُ كما نَقَلاه عن الإمامِ وأقَرّاه واعتَرَضَه الإسنَويُّ بأنّ الإمامَ إنّما قاله عندَ جَزْمِ الوارثِ بالتّلَفِ لا عندَ تَرَدُّدِه فيه فإنّه صَحَّحَ حينئذٍ الضّمانَ ولَك رَدُّه بأنّ الوارثَ لم يتردَّدْ في التّلَفِ بل في أنّه وقَعَ قبلَ نِسبَته لِتقصيرٍ، أو بعدَه وحينئذٍ فلا يُنافي ما نَقَله عن الإمامِ ودعواه تَلَفَها عندَ مورِّثِه بلا تعذُّرٍ، أو رَدَّ مورِّثِه لها مقبولةٌ كما قاله ابنُ أبي الدّمِ في وارِثِ الوكيلِ ورجحاه في الثاني وإنْ خالف في ذلك السُّبْكيُّ

وَمنها إذا نَقَلَها من مَحَلّةٍ أو دارٍ إلى أُخْرَى دونَها في الحِرْزِ ضَمن وإلّا فلا.
وَمنها أنْ لا يَدْفَعَ مُتْلَفاتِها.

وغيرُه، ولو جَهِلَ حالها ولم يَقُل الوارِثُ شيئًا بل قال لا أعلمُ وأُجوِّزُ أنّها تَلِفت على حكم الأمانةِ فلم يوصِ بها لِذلك ضَمِنَها كما اقتضاه كلامُ الرّافِعيِّ وغيرِه؛ لأنّه لم يَدَّعِ مُسقِطًا هذا كلُّه إنْ لَم يَثْبُتْ تعدّيه فيها قال السُّبْكيُّ كغيرِه، أو يوجَدْ في تَرِكته ما هو من جنسِها، أو ما يُمْكِنُ أنْ يكون اشتراه بمالِ القِراضِ في صورَته ولم يكن قاضيًا، أو نائِبَه؛ لأنّه أمينُ الشرع فلا يضمنُ إلا إنْ تَحقَّقت خيانَتُه أو تفريطُه مات عن مَرَضٍ، أو لا ومَحلُّه في الأمينِ نظيرُ ما مَرَّ ولا يُقْبَلُ قولُ وارِثِ الأمينِ أنّه رَدَّ بنفسِه، أو تَلِفت عندَه إلا ببيِّنةٍ وسائرُ الأُمَناءِ كالوديعِ فيما ذُكِرَ (ومنها) ما تَضَمَّنَه قولُه (إذا نَقَلها) لِغيرِ ضَرورةٍ (من مَحَلّةٍ) إلى مَحَلّةٍ أخرى (أو دارٍ إلى) دارٍ (أخرى دونَها في الحِرْزِ) وإنْ كانت حِرْزَ مثلِها على المعتمدِ (ضَمِنَ)؛ لأنّه عَرَّضَها لِلتَّلَفِ سواءٌ أتَلِفت بسببِ النّقْلِ أم لا، نعم، إنْ نَقَلها بظَنِّ الملكِ لم يضمنْ بخلافِ ما لو انتفع بها بظَنِّه؛ لأنّ التّعدّيَ هنا أعظَمُ (وإلا) يكن دونَه بأنْ تساوَيا فيه، أو كان المنقولُ إليه أحرَزَ (فلا) يضمنُ وإنْ كان النّقْلُ لِقَرْيةٍ أخرى لا سفَرَ بينهما ولا خوفَ، ولو حَصَلَ الهلاكُ بسببِ النّقْلِ لِعدمِ التّفريطِ من غيرِ مُخالَفة وخرج بإلى أخرى نَقْلُها بلا نيّةِ تعدٍّ من بيتٍ لِبيتٍ في دارٍ وخانٍ واحدٍ فلا ضمانَ به حيثُ كان الثاني حِرْزَ مثلِها هذا كلُّه حيثُ لم يُعَيِّن المالِكُ حِرْزًا ولا نَهى عن النّقْلِ ولا كان الحِرْزُ مُستَحَقًّا له أمّا إذا عَيّنَه فلا أثَرَ لِنَقْلِها لِمثلِه، أو أعلى منه إحرازًا.

ولو في قَرْيةٍ أخرى بقَيْدِه السّابِقِ حملاً لِتعيُّنِه على اعتبارِ الحِرْزيّةِ دون التّخصيصِ إذْ لا غَرَضَ فيه بخلافِه من غيرِ ضَرورةٍ لِدونِه وإنْ كان حِرْزَ مثلِها فإنّه يضمنُ، وكذا بأحدِ الأوّلينِ إنْ هَلَكتْ بسببِ النّقْلِ كأن انهَدَمَ عليها المنقولُ إليه، وكذا إنْ سُرِقت أو غُصِبَتْ منه على الأوجَه الذي اقتضاه كلامُ الشيخينِ وجزم به غيرُهما خلافًا لِمَنِ اعتمد أنّهما كالموت أخذًا من كلامِ الغزاليِّ وذلك؛ لأنّ التّلَفَ حَصَلَ هنا بسببِ المُخالَفة من غيرِ عُذْرٍ وأمّا مع النّهيِ، أو كونِ الحِرْزِ مُستَحَقًّا للمالِكِ فيضمنُ بالنّقْلِ لِغيرِ ضَرورةٍ حتى للأحرَزِ لِتعدّيه بخلافِه لِضَرورةٍ نحوِ غَرَقٍ أو أخذِ لِصٍّ فإنّه يجبُ ويضمنُ بتركِه ويَتعيَّنُ مثلُ الحِرْزِ الأوّلِ إنْ وُجِدَ، نعم، إنْ نَهاه عنه، ولو مع الخوفِ فلا وجوبَ ولا ضمانَ بتركِه ولا بفعلِه ولا أثَرَ لِنَهْيِ نحوِ وليٍّ ويُطالَبُ الوديعُ بإثبات الضّرورةِ الحامِلةِ له على النّقْلِ (ومنها أنْ لا يدفع مُتْلَفاتها) التي يتمَكّنُ من دَفْعِها على العادةِ؛ لأنّه من أُصولِ حِفْظِها.

فعُلِمَ أنّه لو وقَعَ بخِزانَته حَريقٌ فبادَرَ لِنَقْلِ أمتعَته فاحتَرَقت الوديعةُ لم يضمنْها مُطْلَقًا ووَجَّهَه ابنُ الرِّفعةِ بأنّه مأمورٌ بالابتداءِ بنفسِه ونَظَرَ الأذرَعيُّ فيما لو أمكنَه إخراجُ الكلِّ دَفْعةً أي من غيرِ مَشَقة لا تُحْتَمَلُ لِمثلِه عادةً كما هو ظاهرٌ، أو كانت فوقَ فنَحّاها وأخرجَ ماله الذي تحتَها والضّمانُ في الأولى مُتَّجَهٌ وفي الثانيةِ مُحْتَمَلٌ إنْ تَلِفت بسببِ التنحيةِ ثمّ رأيت الأذرَعيَّ في موضِعٍ آخرَ رجح ما رَجَحْته

فلو أودَعَه دابّةً فتَرَكَ عَلْفَها ضَمن، فإنْ نَهاه عنه فلا على الصّحيحِ، وإنْ أعْطاه المالِكُ عَلَفًا عَلَفَها منه، وإلّا فيُراجِعُه أو وكيلَه، فإنْ فُقِدا فالحاكِمُ، ....

فيهما، ولو تعدَّدَت الودائِعُ لم يضمنْ ما أخَّرَه منهما ما لم يكن الذي أخَّرَه يُمْكِنُ.

أي يسهُلُ عادةً الابتداءُ به، أو جمعُه مع ما أخذَه منها. (فلو أودَعَه دابّةً فتَرَك عَلْفَها) بإسكانِ اللّامِ، أو سقْيَها مُدّةً يَموتُ مثلُها فيها جوعًا، أو عَطَشًا ولم ينهَه (ضَمِنَها) أي صارتْ مَضْمونةً عليه وإنْ لم تَمُتْ لِتَسَبُّبِه إلى تَلَفِها حتى لو تَلِفت بسببٍ آخرَ غَرِمَ قيمَتَها وموتُها قبلَ تلك المُدّةِ لا شيءَ فيه ما لم يكن بها جوعٌ، أو عَطَشٌ سابِقٌ ويعلَمُه وحينئذٍ يضمنُ الكلَّ على المعتمدِ وإنّما لم يأت هنا نظيرُ التّفْصيلِ الآتي في التّجْويعِ أوّلَ الجِراحِ؛ لأنّه ثَمَّ مُتعدٍّ من أوّلِ الأمرِ بالحبسِ والمنْعِ بخلافِه هنا.

(فرع): قال الأذرَعيُّ عن بعضِ الأصحابِ لو رَأى أمينٌ كوَديعٍ وراعٍ مأكولاً تحتَ يَدِه وقَعَ في مهلَكةٍ فذَبَحَه جازَ وإنْ تَرَكه حتى مات لم يضمنْه ثمّ قال وفي عدمِ الضّمانِ إذا أمكنَه ذلك بلا كُلْفة نَظَرٌ واستَشْهَدَ غيرُه لِلضّمانِ بقولِ الأنوارِ وتَبِعَه الغزّيِّ لو أودَعَه بُرًّا أي مثلًا فوقع فيه السّوسُ لَزِمَه الدفعُ عنه فإنْ تعذَّرَ باعَه بإذْنِ الحاكِمِ فإنْ لم يَجِدْه تَوَلّى بيعَه وأشهَدَ والذي يُتَّجه أنّه إنْ كان ثَمَّ مَنْ يُشْهِدُه على سببِ الذّبحِ فترَكه ضَمِنَ وإلا فلا لِعُذْرِه؛ لأنّ الظّاهرَ أنّ قوله ذَبَحتها لِذلك لا يُقْبَلُ ثمّ رأيته مُصَرَّحًا به فيما يأتي ويُفَرَّقُ بينه وبين قبولِ قولِه في نحوِ لُبْسِها لِدَفْعِ نحوِ الدّودِ فإنّ الظّاهرَ قبولُه ثمّ رأيت ما يأتي في مسألةِ الخاتَمِ وهو صريحٌ فيه بأنّ ما هنا فيه إذْهابٌ لِعَينِها المقصودةِ بالكلّيّةِ فاحتيطَ له أكثرَ ويُؤَيِّدُ ذلك ما مَرَّ في تعييبِ الوصيِّ للمالِ خَشْيةَ ظالِمٍ ويظهرُ أيضًا أنّه لا يُقْبَلُ قولُه بعدَ ذبحِها لم أجِدْ شُهودًا على سبَبِه، وكذا بعدَ البيعِ لِنحوِ السّوسِ احتياطًا لإتلافِ مالِ الغيرِ، نعم، إنْ قامت قرينةٌ ظاهرةٌ على ما قاله احتُمِلَ تصديقُه.

(فإنْ نَهاه) المالِكُ (عنه) أي عَلَفِها (فلا) ضمانَ عليه (في الأصحّ) وإنّما أثِمَ كما لو أذِنَ له في الإتلافِ ولا أثَرَ لِنَهْيِ نحوِ وليٍّ قال الأذرَعيُّ إنْ علم الوديعُ الحالَ ويجبُ عليه أنْ يأتيَ الحاكِمَ لِيَجْبُرَ مالِكها إنْ حَضَرَ، أو ليأذَنَ له في الإنفاقِ ليرجعَ عليه إنْ غابَ، ولو نَهاه لِنحوِ تُخَمةٍ امتَثَلَ وجوبًا فإنْ عَلَفَها مع بَقاءِ العِلّةِ ضَمِنَ أي إنْ علم بها كما بُحِثَ ومَرَّ الفرقُ بين ما هنا وظَنِّ كونِه أمينًا (فإنْ أعطاه المالِكُ عَلَفًا) بفتحِ اللّامِ (عَلَفَها منه وإلا) بأنْ لم يُعْطِه شيئًا (فيُراجِعُه، أو وكيلَه) لِيَرُدَّها، أو يُنْفِقَها وإذا أعطاه عَلَفًا لم يحتج لِتقديرِه بل له العمَلُ فيه بالعادةِ (فإنْ فُقِدا فالحاكِمُ) يُراجِعُه لِيُؤَجِّرَها ويُنْفِقَها من أُجْرَتِها فإنْ عَجَزَ اقترَضَ على المالِكِ حيثُ لا مالَ له حاضِرٌ، أو باعَ بعضَها أو كلَّها بالمصْلَحةِ والذي يُنْفِقُه على المالِكِ هو الذي يحفَظُها من التّعَيُّبِ لا الذي يُسَمِّنُها، ولو كانت سمينةً عندَ الإيداعِ فالذي يُتَّجه من وجهَين فيه أنّه يجبُ عَلَفُها بما يحفظُ نَقْصَها عن عَيْبٍ يُنْقِصُ قيمَتَها، ولو فُقِدَ الحاكِمُ أنْفَقَ بنفسِه ثمّ إنْ أرادَ الرُّجوعَ أشهَدَ على ذلك إنْ أمكنَ وإلا نَوَى الرُّجوعَ وحينئذٍ يرجعُ

ولو بَعَثَها مع مَنْ يَسْقيها لم يَضْمَنْ في الأَصَحِّ. وَعلى المودَعِ تَعْريضُ ثيابِ الصّوفِ لِلرّيحِ كَيْ لا يُفْسِدَها الدّودُ، وكذا لِبْسُها عندَ حاجَتِها.

على ما جَزَمَ به شارِحُ ويُنافيه ما في المُساقاةِ أنّه عندَ عدمِ الشُّهودِ لا يرجعُ مُطْلَقًا؛ لأنّ فقْدَهم نادِرٌ وعلى الأوّلِ يُمْكِنُ الفرقُ بأنّ الوديعَ مُحْسِنٌ فناسب التوسيعَ عليه برُجوعِه بمُجَرَّدِ قصْدِ الرُّجوعِ عندَ تعذُّرِهم ثمّ رأيت الأذرَعيَّ بحث في اتّفاقِ الأُمِّ عندَ فقْدِ القاضي ما يوافِقُ الأوّلَ والزّركشيَّ وغيرَه ما يوافِقُ الثانيَ وعن أبي إسحاقَ أنّه يَجوزُ له نحوُ البيعِ، أو الإيجارِ، أو الاقتراضِ كالحاكِمِ وينبغي ترجيحُه عندَ تعذُّرِ الإنفاقِ عليها مُطْلَقًا إلا بذلك ويُؤَيِّدُه ما تقرّر عن الأنوارِ هذا كلُّه في معلوفة أمّا الرّاعيةُ فبحث الزّركشيُّ وجوبَ تَسريحِها مع ثِقة فإنْ تَرَكَ ذلك وأنْفَقَ عليها لم يرجع ا هـ وإنّما يُتَّجه إنْ كان الزّمَنُ أمنًا ووَجَدَ ثِقة مُتَبَرِّعًا، أو بأُجْرةِ مثلِه ولم تَزِدْ على قيمةِ العلَفِ وحينئذٍ يأتي فيها ما تقرّر في العلَفِ فإنْ فقَدَه وتعذَّرَتْ مُراجَعةُ المالِكِ ساوَت المعلوفة فيما مَرَّ فيها كما هو ظاهرٌ، ولو اعْتيدَ رَعْيُها بلا راعٍ مع غلبةِ سلامَتِها فهل له ذلك؛ لأنّ اللّازِمَ له مُراعاةُ العادةِ كما يُعْلَمُ مِمّا مَرَّ ويأتي، أو لا بُدَّ منَ الأمينِ مُطْلَقًا احتياطًا لِحَقِّ الغيرِ كلٌّ مُحْتَمَلٌ وخرج بالدّابّةِ نحوُ النّخْلِ إذا لم يأمُرْه بسَقْيِه فتَرَكه ومات.

فإنّه لا يضمنُه بخلافِها لِحرمةِ الرّوحِ وقضيّةُ قولِهم لم يأمُرْه بسَقْيِه أنّه لو أمَرَه به فتَرَكه ضَمِنَ ويوجَّه بأنّه التزَمَ الحِفْظَ بقَيْدِ السّقْيِ فلَزِمَه فعلُه لكن لا مَجّانًا فيُقْبَلُ فيه ما مَرَّ في الإنفاقِ فإنْ قُلْت ظاهرُ كلامِهم أنّ السّقْيَ من غيرِ أمرٍ لا يلزمُ الوديعَ فيُنافي ما يأتي في نحوِ اللُّبْسِ من لُزومِه والضّمانِ بتركِه فما الفرقُ قُلْت يُفَرَّقُ باعتيادِ الوديعِ فعله لِسُهولَته وعدمِ اختلافِ الغرَضِ به غالِبًا بخلافِ السّقْيِ لِعُسرِه واخ تلافِ الغرَضِ به (ولو بَعَثَها) في زَمَنِ الأمنِ (مع مَنْ يسقيها) وهو ثِقة، أو غيرُه ولاحَظَه كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ (لم يضمنها في الأصحِّ) وإنْ لاقَ به مُباشَرَتُه بنفسِه؛ لأنّه العادةُ وهو استنابةٌ لا إيداعٌ أمّا في زَمَنِ الخوفِ، أو مع غيرِ ثِقة ولم يُلاحِظْه فيضمنُ قطعًا، (وعلى المودَعِ) بفتحِ الدّالِ (تعريضُ ثيابِ الصّوفِ) ونحوِها من شَعْرٍ ووَبَرٍ وغيرِهما (لِلرّيحِ) وإنْ لم يأمُرْه المالِكُ به فيُخْرِجُها حتى من صُنْدوقٍ مُقْفَلٍ علم بها فيه يفتحُه لِنَشْرِها ويظهرُ أنّه إنْ أعطاه مِفْتاحَه لَزِمَه الفتحُ وإلا جازَ له ثمّ رأيت ما يأتي وهو صريحٌ فيه (كيْ لا يُفْسِدَها الدّودُ، وكذا لُبْسُها عندَ حاجَتها) إليه، ولو في نحوِ نَوْمٍ تَوَقَّفَ الدفعُ عليه بأنْ تعيَّنَ طَريقًا لِدَفْعِ الدّودِ بسببِ ريحِ الآدَميِّ بها، نعم إنْ لم يَلِقْ به لُبْسُها ألْبَسَها مَنْ يَليقُ به بهذا القصْدِ قدرَ الحاجةِ مع مُلاحَظَته كذا أطلقَه الأذرَعيُّ بَحْثًا فيُحْتَمَلُ تقييدُ وجوبِ المُلاحَظةِ بغيرِ الثِّقة نظيرُ ما مَرَّ أنّه نَهاه ويُحْتَمَلُ الفرقُ بأنّ ما هنا استعمالٌ فاحتيطَ له وهو الأقربُ فإنْ تَرَكَ ذلك ضَمِنَ ما لم ينهَه وظاهرُ كلامِهم أنّه لا بُدَّ من نيّةِ نحوِ اللُّبْسِ لأجلِ ذلك وإلا ضَمِنَ به ويوجَّه في حالِ الإطلاقِ بأنّ الأصلَ الضّمانُ حتى يوجد صارِفٌ له ويُؤَيِّدُه قولُ الأذرَعيِّ السّابِقُ بهذا القصْدِ ولو لم يندَفع نحوُ الدّودِ إلا بلُبْسٍ تنقُصُ به قيمَتُها نُقْصانًا فاحِشًا فهل يَفْعَلُه مع ذلك كما هو مقتضى

وَمنها أنْ يَعْدِلَ عَن الحِفْظِ المأمورِ وتَلِفَتْ بسَبَبِ العُدولِ فَيَضْمَنُ، فلو قال لا تَرْقُدْ على الصُّنْدوقِ فَرَقَدَ وانْكَسَرَ بِثِقَلِه وتَلِفَ ما فيه ضَمن، وإنْ تَلِفَ بغيرِه فلا على الصّحيحِ، وكذا لو قال لا تُقْفِلْ عليه قُفْلَيْنِ فأقْفَلهما.

ولو قال ارْبط الدّراهِمَ في كُمِّكَ فأمسَكَها في يَدِه فَتَلِفَتْ فالمذْهَبُ أنّها إنْ ضاعَتْ بنَوْمٍ ونِسْيانٍ ضَمن ؛ أو بأخْذِ غاصِبٍ فلا.

إطلاقِهم، أو يَتعيَّنُ بيعُها أخذًا مِمّا مَرَّ عن الأنوارِ كلٌّ مُحتَمَلٌ، ولو قيلَ يَتعيَّنُ الأصلَحُ لم يَبْعُدْ، ولو خافَ من نحوِ النَّشرِ، أو اللُّبسِ ظالِمًا عليها ولم يتيَسَّرْ دَفعُها لِنحوِ مالِكِها تعيَّنَ البيعُ فيما يظهرُ وأفْهَمَ قولُه كيْ لا إلى آخِرِه وجوبَ رُكوبِ دابّةٍ أو تَسييرِها خوفًا عليها من الزَّمانةِ، ولو تَرَكها لِكونِها بنحوِ صُنْدوقٍ ولم يعلم بها، أو لم يُعْطِه مِفْتاحَه لم يضمنْها، ولو تَرَكَ الوديعُ شيئًا مِمّا لَزِمَه لِجَهْلِه بوجوبه عليه وعُذِرَ لِنحوِ بُعْدِه عن العُلَماءِ ففي تَضْمينِه وقفة لَكِنّه مقتضى إطلاقِهم، ولو قيلَ إنْ علم المالِكُ ولم يُنَبِّهْه فهو المُقصِّرُ وإلا فالمُقصِّرُ الوديعُ لم يَبْعُدْ **(ومنها أنْ يعدِلَ عن الحِفْظِ المأمورِ)** به من المودِعِ **(وتَلِفت بسببِ العُدولِ)** المُقصِّرِ هو به **(فيضمنُ)** لِحُصولِ التّلَفِ من جِهةِ مُخالفته وتقصيرِه **(فلو قال لا ترقُدُ على الصُّنْدوقِ)** بضَمِّ أوّلِه وقد يُفْتَحُ **(فرَقَدَ وانكسَرَ بثِقَلِه وتَلِفَ ما فيه ضَمِنَ)** لِذلك **(وإنْ تَلِفَ بغيرِه)** أي العُدولِ، أو الثِّقَلِ كأنْ سُرِقَ وهو في بيتٍ مُحْرَزٍ من أيِّ جانِبٍ كان أو صَحْراءَ من رَأسِ الصُّنْدوقِ **(فلا)** يضمنُ **(على الصّحيحِ)**؛ لأنّه زاد خيرًا ولم يأتِ التّلَفُ مِمّا عدلَ إليه ونحوُ الرُّقودِ وقَفلِ القُفْلينِ زيادةٌ في الحِفْظِ فلا نَظَرَ لِتَوَهُّم كونِه إغْراءً لِلسّارِقِ عليها أمّا إذا سُرِقَ من جانِبِ صُنْدوقٍ من نحوِ صَحْراءَ فيضمنُ لكن إنْ سُرِقَ من جانِبٍ كان يرقُدُ فيه عادةً لو لم يرقُدْ فوقَه؛ لأنّه بالرُّقادِ فوقَه أخلى جانِبَه فنُسِبَ التّلَفُ لِفعلِه بخلافِ ما لو سُرِقَ من غيرِ مَرْقَدِه أو في بيتٍ، مُحْرَزٌ أو لا مع نَهْيٍ وإنْ سُرِقَ من مَحَلِّ مَرْقَدِه؛ لأنّه زاد احتياطًا ولم يحصُل التّلَفُ بفعلِه ويضمنُ أيضًا لو أمَرَه بالرُّقادِ أمامَه فرَقَدَ فوقَه فسُرِقَ من أمامِه.

(وكذا لو قال لا تقفِلْ عليه) فأقفَلَ، أو **(قُفْلينِ)** بضَمِّ القافِ **(فأقفَلَهما)** فلا ضمانَ لِما مَرَّ **(ولو قال اربِطْ)** بكسرِ الباءِ أشهرُ من ضَمِّها **(الدراهِمَ في كُمِّكَ فأمسَكَها في يَدِه فتَلِفت فالمذهبُ أنّه)** أي الشّأنَ **(إنْ ضاعَتْ بنَوْمٍ ونسيانٍ)** الواوُ فيه بمعنى، أو **(ضَمِنَ)** لِحُصولِ التّلَفِ من جِهةِ المُخالَفة إذْ لو رُبِطَتْ لم تَضِعْ بأحدِ ذَينك **(أو)** تَلِفت **(بأخذِ غاصِبٍ فلا)** ضمانَ؛ لأنّ اليدَ أمنَعُ له من الرّبْطِ، نعم إنْ نَهاه عن أخذِها بيَدِه ضَمِنَ مُطْلَقًا وقضيّةُ المتنِ أنّه إذا امتثَلَ الرّبْطَ لا يضمنُ مُطْلَقًا وفيه تفصيلٌ هو أنّه إنْ جعلَ الخيطَ من خارِجِ الكُمِّ ضَمِنَ إنْ أخذَها الطّرّارُ؛ لأنّه أغراه عليها بإظْهارِها له وإن استرسَلَتْ فلا إنْ أحكمَ الرّبْطَ وإنْ جعله داخِله انعكسَ الحكمُ ولا يشكلُ بأنّ المأمورَ به مُطْلَقُ الرّبْطِ فإذا أتى به لم يُنْظَرْ لِجِهات التّلَفِ كما لو قال احفَظْه في البيت فوَضَعَه بزاويةٍ فانهَدَمت، ولو كان بغيرِها لَسَلِمَ؛ لأنّ الرّبْطَ من فعلِه وهو حِرْزٌ من وجهٍ دون وجهٍ، وقولُه: «اربِطْ» مُطْلَقٌ لا شُمولَ فيه فإذا جاءَ التّلَفُ

ولو جَعَلَها في جَيْبِه بَدَلاً عَن الرَّبْطِ في الكُمِّ لم يَضْمَنْ، وبالعكْسِ يَضْمَنُ.
ولو أعْطاه دَراهِمَ بالسّوقِ ولم يُبَيِّنْ كَيْفيّةَ الحِفْظِ فَرَبَطَها في كُمِّه وأمسَكَها بيَدِه أو جَعَلَها في جَيْبِه لم يَضْمَنْ، وإنْ أمسَكَها بيَدِه لم يَضْمَنْ إنْ أخَذَها غاصِبٌ ويَضْمَنُ إنْ تَلِفَتْ بغَفْلَةٍ أو نَوْمٍ.

مِمّا آثَرَه ضَمِنَ ولا كذلك زَوايا البيت ولأنّ الرَّبْطَ للعُرْفِ دَخْلٌ في تخصيصِه بالمُحْكم وإنْ شَمِلَ لفظُه غيرَه ولا كذلك البيتُ إذْ لا دَخْلَ للعُرْفِ في تخصيصِ بعضِ زَواياه وإنْ فُرِضَ اختلافُها بناءً وقُربًا من الشّارِعِ على ما اقتضاه إطلاقُهم (ولو جعلها) وقد قال له اربِطْها في كُمِّك (في جَيْبِه) وهو المعروفُ، أو الّذي بإزاءِ الحلْقِ (بَدَلاً عن الرَّبْطِ في الكُمِّ) فضاعَتْ من غيرِ ثَقْبٍ فيه لِما يأتي (لم يضمنْ)؛ لأنّه أحرَزَ ما لم يكن واسِعًا غيرَ مَزْرورٍ.

(تنبية) صريحُ كلامِهم أنّ الواسِعَ غيرَ المزْرورِ لا يُكْتَفَى به وإنْ سُتِرَ بثَوْبٍ فوقَه وأنّ الضّيِّقَ أو المزْرورَ يكفي وإنْ لم يستُرْ ولِلنّظَرِ فيهما مَجالٌ؛ لأنّ سَتْرَ الأوّلِ يمنعُ الأخذَ منه غالِبًا لَكِنّه لا يمنعُ السُّقوطَ منه بنَوْمٍ، أو نحوِه وظُهورُ الثاني مُغْرٍ لِلطَّرّارِ عليه وإنْ مَنَعَ سُقوطَه، ولو قيلَ في الأوّلِ يضمنُ إنْ سقَطَ لا إنْ أخذَه طَرّارٌ وفي الثاني بالعكسِ لم يَبْعُدْ.

(وبالعكسِ) بأنْ أمَرَه بوَضْعِها في الجيْبِ فرَبَطَها في الكُمِّ (يضمنُ) قطعًا لِما تقرّر أنّ الجيْبَ بشرطِه أحرَزُ منه ونازع البُلْقينيُّ فيما ذُكِرَ بأنّ الجيْبَ وإنْ ضاقَ ليس أحرَزَ من الرَّبْطِ في الكُمِّ؛ لأنّ الجيْبَ قد تَتَسَرَّبُ الفِضّةُ منه بتَقَلُّبٍ من نَوْمٍ ونحوِه وقد تُؤْخَذُ ويُرَدُّ بمَنْعِ ما ذكرَه أنّ الفرضَ أنّ ضيقَه يمنعُ سُقوطَ ما فيه وإلا كان واسِعًا بالنّسبةِ له وأيضًا فالجيْبُ أقرَبُ إلى البدَنِ الموجِبِ لإحساسِ ذَهابِ ما فيه من الكُمِّ فاتَّجَهَ إطلاقُهم أنّ الجيْبَ أحرَزُ من الكُمِّ.

(ولو أعطاه دَراهِمَ بالسّوقِ) مثلاً (ولم يُبَيِّنْ كيفيّةَ الحِفْظِ) فإنْ عادَ بها إلى بيته لَزِمَه إحرازُها فيه وإلا ضَمِنَ مُطْلَقًا على ما أفْهَمه كلامُ الماوَرْديِّ لكن قضيّةُ كلامِ الشيخينِ أنّه يرجِعُ في ذلك للعادةِ وإنْ لم يَعُدْ بها إليه (فرَبَطَها في كُمِّه وأمسَكَها) مثلاً (بيَدِه، أو جعلَها في جَيبِه) المذكورِ بشرطِه (لم يضمنْ)؛ لأنّه احتاطَ في الحِفْظِ بخلافِ ما إذا كان الجيْبُ واسِعًا غيرَ مَزْرورٍ.

أو مَثقوبًا وإنْ جَهِلَه كما أطلقَه الماوَرْديُّ وقال صاحِبُ الكافي لا يضمنُ إنْ حَدَثَ الثقْبُ بعدَ الوضْعِ وهو مُتَّجَهٌ إنْ كان حُدوثُه لا بسببِ الوضْعِ ولا بسببٍ آخرَ يُظَنُّ حُصولُه عادةً وبخلافِ ما إذا رَبَطَها فيه ولم يُمْسِكْها بيَدِه فيضمنُ على ما أفْهَمَه المتنُ لَكِنّ الذي في الروضةِ كأصلِها وغيرِهما أنّه يتأتّى فيه ما مَرَّ فيما لو أمَرَه برَبْطِها في كُمِّه وبخلافِ ما لو وضَعَها في كُمِّه بلا رَبْطٍ فسَقَطَتْ فإنّه يضمنُ الخفيفة؛ لأنّه لا يشعُرُ بها إذا سقَطَتْ بخلافِ الثقيلةِ أي مِمّا يُعْتادُ وضْعُ مثلِه في الكُمِّ قال الرّافِعيُّ وقياسُ هذا طَرْدُه في سائرِ صوَرِ الاسترْسالِ، ولو رَبَطَها في التِّكّةِ، أو وضَعَها في كورِ عِمامَته وشَدَّها لم يضمن ويظهرُ أنّ مَحَلَّه إنْ أُخِذَتْ من غيرِ طُروٍّ إلا وقد ظهر جِرْمُها فينبغي أنْ

وإنْ قال احفَظْها في البيْتِ فَلْيَمضِ إليه ويُحرِزُها فيه، فإنْ أخَّرَ بلا عُذْرٍ ضَمن. وَمنها أنْ يُضَيِّعَها بأنْ يَضَعَها في غيرِ حِرْزِ مِثْلِها، ....

يضمنَ؛ لأنّه أغراه عليها حينئذٍ (وإنْ قال) له وقد أعطاها له في السّوقِ مثلاً (احفَظْها في البيت) فقَبِلَ (فلْيَمضِ إليه) حالاً (ويُحْرِزْها) عَقِبَ وُصولِه (فإنْ أخَّرَ) شيئًا من ذلك (بلا عُذْرٍ) صار ضامِنًا لها فإذا تَلِفت، ولو في البيت (ضَمِنَ) لِتفريطِه وإنْ كانت خَسيسةً، أو كان في سوقِه وحانوته وهو حِرْزُ مثلِها، ولو لم تجرِ عادَتُه بالقيامِ منه إلا عِشاءً على المنقولِ كما بَيّنَه الأذرَعيُّ رادًّا به على مَنْ قيَّدَ بشيءٍ.

من ذلك ويُؤخَذُ منه أنّ العُذْرَ هنا ليس هو الآتي في التّأخيرِ بعدَ الطّلَبِ؛ لأنّ هذا أضيَقُ فلْيكن المُرادُ بالعُذْرِ فيه الضّروريَّ، أو القريبَ منه، ولو قال له وقد أعطاها له في البيت احفَظْها في البيت فخرج بها، أو لم يخرُجْ ورَبَطَها في نحوِ كُمِّه مع إمكانِ حِفْظِها في نحوِ صُنْدوقٍ ضَمِنَ بخلافِ ما إذا لم يَجِدْ مِفْتاحَه مثلاً لا إنْ شاهَدَها مِمّا يَلي أضْلاعَه أي ولم يكن التّلَفُ في زَمَنِ الخُروجِ بسببِ المُخالَفة كما بحثه الأذرَعيُّ؛ لأنّ هذا أحرَزُ من البيت فإنْ لم يَقُلْ شيئًا جازَ له أنْ يخرُجَ بها مَربوطةً كما أشعَرَ به كلامُهم قاله الرّافِعيُّ ثمّ بحث فيه بأنّه ينبغي أنْ يُرجح فيه للعادةِ وهو مُتَّجَهٌ وإنْ نازعه الأذرَعيُّ بأنّ قضيّةَ كلامِ الماوَرْديِّ المُؤَيَّدِ بنصِّ الأُمِّ أنّ المحَلَّ متى كان حِرْزًا لها فخرج بها منه ضَمِنَها، ولو نام ومعه الوديعةُ فضاعَتْ فإنْ كان بحَضرةِ مَنْ يحفَظُها، أو في مَحَلِّ حِرْزٍ لها لم يضمنْ وإلا ضَمِنَ كما دَلَّ عليه كلامُهم ثمّ رأيت التّصريحَ به الآتيَ (ومنها أنْ يُضَيِّعَها)، ولو لِنحوِ نِسيانٍ (بأنْ) تَقَعَ في كلامِه كغيرِه بمعنى كان كثيرًا كما في هذا البابِ إذْ أنواعُ الضّياعِ كثيرةٌ منها أنْ تَقَعَ دابّةٌ في مهلَكةٍ وهي مع راعٍ، أو وديعٍ فيَتْرُكُ تخليصَها الذي ليس عليه فيه كبيرُ كلْفَة، أو ذبحَها بعدَ تعذُّرِ تخليصِها فتَموتُ فيضمَنُها على ما مَرَّ ولا يُصَدَّقُ في ذبحِها لِذلك إلا ببيّنةٍ كما في دعواه خوفًا ألجأه إلى إيداعِ غيرِه ومنها أنْ يَنام عنها إلا إنْ كانت برَحْلِه ورُفْقَتُه حَوْلَه أي مُستَيْقِظين كما هو ظاهرٌ إذْ لا تقصيرَ بالنّوْم حينئذٍ وأنْ (يَضَعَها في غيرِ حِرْزِ مثلِها) بغيرِ إذْنِ مالِكِها وإنْ قصَدَ إخفاءَها كما لو هَجَمَ عليه قُطّاعٌ فألقاها بمَضْيَعةٍ، أو غيرِها إخفاءً لها فضاعَتْ والتنظيرُ فيه غيرُ صحيحٍ وبحث أنّه لو جاءَه مَنْ يَخافُ منه على نفسِه، أو مالِه فهَرَبَ وتَرَكها أي ولم يُمْكِنْه أخذُها وهي في حِرْزِ مثلِها لم يضمنْها إذْ لا تقصيرَ منه.

(تنبية) ضابِطُ الحِرْزِ هنا كما فصّلوه في السّرِقة بالنّسبةِ لأنواعِ المالِ والمحالِّ ذكرَه في الأنوارِ قال غيرُه وهو مقتضى كلامِهم وفَرّعَ بعضُهم عليه أنّ الدّارَ المُغْلَقة ليلاً ولا نائِمَ فيها غيرُ حِرْزٍ هنا أيضًا وإنْ كانت ببَلَدٍ آمِنٍ وأنّه لو قال أي لِمَنْ معه في الدّارِ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ أوّلَ البابِ احفَظْ داري فأجابَ فذَهَبَ المالِكُ وبابُها مفتوحٌ ثمّ الآخرُ ضَمِنَ، بخلافِ المُغْلَقة على التّفصيلِ الآتي ثَمَّ، وقد يَرِدُ على ذلك جَزْمُ بعضِهم بأنّه لو سرَقَ الوديعةَ من الحِرْزِ مَنْ يُساكِنُه فيه فإن اتَّهَمَه قبلَ ذلك ضَمِنَ وإلا فلا ا

أو يَدُلَّ عليها سارِقًا أو مَنْ يُصادِرُ المالِكَ. فلو أكْرَهَه ظالِمٌ حتّى سَلَّمَها إليه فَلِلمالِكِ تَضْمِينُه في الأصَحِّ ثم يَرْجِعُ على الظّالِمِ.

هـ وقضيَّةُ قولِهِم ثَمَّ ليس مُحْرَزًا بالنّسبةِ لِلضَّيْفِ والسّاكِنِ أنّه يضمنُ هنا مُطْلَقًا وهو الأوجَه، ولو ذَهَبَ بها فأرٌ من حِرْزِها في جِدارٍ لم يَجُزْ لِمالِكِها حفرُه مَجّانًا؛ لأنّ مالِكه لم يَتعدَّ بخلافِ ما إذا تعدَّى نظيرُ ما قالوه في دينارٍ وقَعَ بمحبَرةٍ، أو فصيلٍ ببيتٍ ولم يُمْكِنْ إخراجُه إلا بكسرِها أو هَدْمِه يُكْسَرُ ويُهْدَمُ بالأرشِ إنْ لم يَتعدَّ مالِكُ الظّرْفِ وإلا فلا أرشَ.

(أو يَدُلَّ عليها) مع تعيينِ مَحَلِّها (سارِقًا) أو نحوَه (أو مَنْ يُصادِرُ المالِكَ)؛ لأنّه أتَى بنَقيضِ ما التزَمَه من الحِفْظِ ومن ثَمَّ كان طَريقًا في الضّمانِ وإنْ أُكْرِهَ على الدّلالةِ وعليه يُحْمَلُ ما اقتضاه كلامُهما من ضمانِه وعلى عدمِ القرارِ عليه حَمَلَ الزّركشيُّ قولَ الماوَرْديِّ لا يضمنُ وفارَقَ مُحْرِمًا دَلَّ على صَيْدٍ بأنّه لم يَلْتَزِم الحِفْظَ ولم يستولِ عليه بخلافِ الوديعِ فيهما ونَظَرَ شارِحٌ في حملِ الزّركشيِّ المذكورِ بأنّه يلزمُ منه أنّ قرارَ الضّمانِ على الدّالِّ على وجهٍ أي حَكاه الماوَرْديُّ مُقابِلًا لِقولِه لا يضمنُ ولا قائِلَ به ا هـ.

ويُرَدُّ بمَنْعِ لُزومِ ذلك نَظَرًا لِعُذْرِه مع عدمِ مُباشَرَته لِلتَّسليم، أو بالتزامِه نَظَرًا لالتزامِه الحِفْظَ، وقولُه: لا قائِلَ به شَهادةُ نفيٍ وقضيَّةُ المتنِ ضَمانُه بمُجَرَّدِ الدّلالةِ وإنْ تَلِفت بغيرِها وبه صرّح جمعٌ لَكِنّ المعتمدَ عندَ الشيخينِ وغيرِهِما أنّه لا يضمنُ ويُفَرَّقُ بينه وبين ما مَرَّ في تركِ العلَفِ وتأخيرِ الذّهابِ للبيت عُدْوانًا بأنّ كلًّا من ذَينك فيه تَسَبُّبٌ لإذهابِ عَينها بالكلّيّةِ بخلافِ الدّلالةِ هنا فلم يدخلْ بها في ضمانِه، ولو قال لا تُخْبِرْ بها فخالف فإنْ أخذَها مخبَرُه، أو مخبَرُ مخبَرِه ضَمِنَ وإنْ لم يُعَيِّنْ موضِعَها وإلا فلا خلافًا لِما يوهِمُه كلامُ العبّاديِّ.

(فرع): أعطاه مِفْتاحَ حانوته، أو بيته فدَفعه لأجنبيٍّ، أو ساكِنٍ معه ففَتَحَ وأخذَ المتاعَ لم يضمنْه؛ لأنه إنّما التزَمَ حِفْظَ المِفْتاحِ لا المتاعِ ومن ثَمَّ لو التزَمَه ضَمِنَه أيضًا.

(فلو أكرَهَه ظالِمٌ) وإنْ كانت وِلايَتُه عامّةً كما يُصَرِّحُ به كلامُهم وإنْ قال الزّركشيُّ لا يخلو عن احتمالٍ (حتى سلَّمَها إليه)، أو لِغيرِه (فللمالِكِ تَضمينُه) أي الوديعِ (في الأصحِّ) لِمُباشَرَته لِلتَّسليم، ولو مُضْطَرًّا إذْ لا يُؤَثِّرُ ذلك في ضمانِ المُباشَرةِ ويُفَرَّقُ بين هذا وعدمِ فطرِ المُكْرَه كما مَرَّ بأنّ ذاك حَقُّ اللّه تعالى ومن بابِ خِطابِ التّكليفِ فأثَّرَ فيه الإكراه وهذا حَقُّ الآدَميِّ ومن بابِ خِطابِ الوضعِ فلم يُؤَثِّرْ فيه شيءٌ (ثمّ يرجعُ) الوديعُ (على الظّالِمِ) وإنْ علم أنّه لا يتسلَّمُها لو لم يُسَلِّمْها إليه على الأوجَه؛ لأنّه استولى عليها حَقيقة أمّا لو أخذَها الظّالِمُ قهْرًا من غيرِ فعلٍ من الوديعِ فلا ضمانَ عليه قطعًا ويلزمُ الوديعَ دَفْعُ الظّالِم بما أمكنَه أي، ولو بتعيينِه لها فيما يظهرُ نظيرُ ما مَرَّ في الوصيِّ فإنْ لم يندَفع إلا بالحلِفِ جازَ وكفَّرَ وقال الغزاليُّ يجبُ أي باللّه دون الطّلاقِ كما هو ظاهرٌ واعتمده الأذرَعيُّ إنْ كانت حيوانًا يُريدُ قتله أو قِنًّا يُريدُ الفُجورَ به ومتى حَلَفَ بالطّلاقِ حَنِثَ؛ لأنه لم يُكْرِهه

وَمنها أنْ يَنْتَفِعَ بها بأنْ يَلْبَسَ أو يَرْكَبَ خيانةً، أو يأخُذَ الثَّوْبَ لِيَلْبَسَه أو الدّراهِمَ لِيُنْفِقَها فَيَضْمَنُ. ولو نَوَى الأخْذَ ولم يأخُذ لم يَضْمَنْ على الصّحيحِ. ولو خَلَطَها بمالِه ولم تَتَمَيَّزْ ضَمِن.

عليه بل خَيَّرَه بينه وبين التّسليم بخلافِ ما لو أخذَ قُطّاعٌ مالَ رجلٍ ولم يَتْرُكوه حتى يحلِفَ به أنّه لا يُخْبِرُ بهم فأخبَرَ بهم؛ لأنّهم أكرَهوه على الحلِفِ عَيْنًا **(ومنها أنْ ينتفِعَ بها)** بعدَ أخذِها لا بنيّةِ ذلك **(بأنْ يَلْبَسَ)** نحوَ الثوْبِ أو يجلسَ عليه مثلاً **(أو يركبَ)** الدّابّةَ، أو يُطالِعَ في الكِتابِ **(خيانةً)** بالخاءِ أي لِغيرِ ما أذِنَ له فيه فيضمنُ لِتعدّيه بخلافِه لِنحوِ دَفْعِ الدّودِ مِمّا مَرَّ.

وبِخلافِ الخاتَمِ إذا لَبِسَه الرّجُلُ في غيرِ الخِنْصَرِ فإنّه لا يُعَدُّ استعمالاً له وكثيرٌ يُعْتادون لُبْسَ شيءٍ في إبهامِهم فقط وقضيّةُ ما تقرّر أنّه لا يضمنُ إلا بلُبْسِه في الإبهامِ من غيرِ نيّةِ الحِفْظِ، وكذا في الخِنْصَرِ بقَصْدِ الحِفْظِ إذْ لا يُعْلَمُ إلا منه ويأتي ذلك في لُبْسِ الثوْبِ كما مَرَّ وإنّما صُدِّقَ المالِكُ فيما لو اختلفا في وُقوعِ الخوفِ لِسُهولةِ البيِّنةِ به ولا يَرِدُ عليه ما لو استعمَلَها ظانًّا أنّها ملكُه فإنّ ضمانَها مع عدمِ الخيانةِ معلومٌ من كلامِه في الغصبِ فإنْ لم يستعمِلْها لم يضمنْها وقولُ الإسنَويِّ ظَنُّ الملِكِ عُذْرٌ إنّما هو بالنّظَرِ لِعدمِ الإثمِ لا لِلضّمانِ؛ لأنّه يجبُ حتى مع الجهْلِ والنّسيانِ **(أو)** بأنْ **(يأخُذَ الثوْبَ)** مثلاً **(لِيَلْبَسَه، أو الدراهِمَ لِيُنْفِقَها فيضمنُ)** قيمةَ المُتَقَوِّمِ بأقصى القيَمِ ومثلَ المثليّ إنْ تَلِفَ وأُجْرةَ المثلِ إنْ مَضَتْ مُدّةٌ عندَه لِمثلِها أُجْرةٌ وإنْ لم يَلْبَس ويُنْفِقْ؛ لأنّ العقدَ، أو القبضَ لَمّا اقترَنَ بنيّةِ التّعدّي صار كقبضِ الغاصِبِ وخرج بقولِه الدراهِمَ أخذُ بعضِها كدِرْهَمٍ فيضمنُه فقط ما لم يَفُضَّ خَتْمًا أو يَكْسِرْ قُفْلاً فإنْ رَدَّه لم يَزُلْ ضمانُه حتى لو تَلِفَ الكلُّ ضَمِنَ دِرْهَمًا، أو النّصفُ ضَمِنَ نصفَ دِرْهَمٍ ولا يضمنُ الباقيَ بخَلْطِه به وإنْ لم يتمَيَّزْ بخلافِ رَدِّ بَدَلِه إذا لم يتميَّزْ أو نَقَصَتْ به؛ لأنّه ملكه فجَرَى فيه ما لو خَلَطَها بمالِه قيلَ مَثَّلَ بمِثالينِ؛ لأنّ الأوّلَ لِنيّةِ الاستعمالِ والثانيَ لِنيّةِ الأخذِ والإمساكِ اهـ وليس بصحيحٍ بل الأوّلُ لِنيّةِ الإمساكِ أيضًا والثاني لِنيّةِ الإخراجِ **(ولو نَوَى)** بعدَ القبضِ **(الأخذَ)** أي قصَدَه قصْدًا مُصَمِّمًا **(ولم يأخُذ لم يضمنْ على الصّحيحِ)**؛ لأنّه لم يُحْدِث فعلاً ولا وضْعَ يَدٍ تعدّيًا لَكِنّه يأثَمُ، وأجرى الرّافِعيُّ الخلافَ فيما إذا نَوَى عدمَ الرّدِّ وإنْ طلب المالِكُ لكن ذكرَ غيرُه أنّه يضمنُ هنا قطعًا؛ لأنّه مُمْسِكٌ لِنفسِه وفيه نَظَرٌ أمّا إذا أخذَ فيضمنُ بالأخذِ لا بالنّيّةِ السّابِقةِ عليه كما هو ظاهرٌ؛ لأنّ مُجَرَّدَ النّيّةِ لا يضمنُ ووجودُ المنويِّ بعدَها لا يوجِبُ تأثيرَها وقولُ الزّركشيّ إنّ المتنَ يُفْهِمُ ضمانَه من حينِها وفيه نَظَرٌ يُرَدُّ بمَنْعِ إفهامِه ذلك. **(ولو خَلَطَها)** عمدًا لا سهْوًا على ما بحثه الأذرَعيُّ وفيه نَظَرٌ بل لا يصحُّ مع إطلاقِهم هنا وفي الغصبِ أنّ الخلْطَ منه يملكُه **(بمالِه)**، أو مالِ غيرِه، ولو أجوَدَ **(ولم يتمَيَّزْ)** بأنْ عَسُرَ تمييزُها كبُرٍّ بشَعيرٍ **(ضَمِنَ)** ضمانَ الغصبِ بأقصى قيَمِ المُتَقَوِّمِ ومثلِ المثليّ؛ لأنّ المالِك لم يرضَ بذلك ولِدخولِها في ملكِه بمُجَرَّدِ الخلْطِ الذي لا يُمْكِنُ فيه التمييزُ أمّا لو تَمَيَّزَتْ بنحوِ سِكّةٍ فلا يضمنُها إلا إنْ نَقَصَتْ بالخلْطِ.

ولو خَلَطَ دَراهِمَ كيسَيْنِ للمودِعِ ضَمن في الأَصَحِّ. وَمَتَى صارَتْ مَضْمونةً بانْتِفاعٍ وغيرِه ثم تَرَكَ الخيانةَ لم يَبْرأ، فإنْ أحْدَثَ له المالِكُ استِئْمانًا بَرِئَ في الأَصَحِّ. وَمَتَى طَلَبَها المالِكُ لَزِمَه الرَّدُّ بأَنْ يُخَلِّيَ بينه وبينها.

فإنْ أَخَّرَ بلا عُذْرٍ ضَمن. ....

(ولو خَلَطَ دَراهِمَ كيسين للمودِعِ) ولم تَتَمَيَّزْ وقد أودَعَهما غيرَ مختومَين (ضَمِنَ) تلك الدراهِمَ بما مَرَّ (في الأصحِّ) لِتعدّيه أمّا لو كانا مختومَين فيضمنُ ما في كلٍّ بفَضِّ الخاتَم فقط كفتحِ الصُّندوقِ المُقفَلِ بخلافِ حَلِّ خيطٍ يُشَدُّ به رَأسُ الكيسِ، أو رِزْمةُ القُماشِ؛ لأنّ القصْدَ هنا مَنْعُ الانتشارِ لا كتْمُه عنه (ومتى صارتْ مَضمونةً بانتفاعٍ وغيرِه ثمّ تَرَك الخيانةَ لم يَبْرَأ) كما لو جَحَدَها ثمّ أقرَّ بها ويلزمُه رَدُّها فوْرًا بخلافِ مُرْتَهَنٍ، أو وكيلٍ تعدَّى وكأنّ الفرقَ ما مَرَّ من ارتفاعِ أصلِ الوديعةِ بالخيانةِ بخلافِ غيرِها (فإنْ أحدَثَ له المالِكُ) الرّشيدُ قبلَ أنْ يَرُدَّها له (استئمانًا)، أو إذْنًا في حِفْظِها، أو إبراءً، أو إيداعًا (بَرِئَ) الوديعُ من ضمانِها (في الأصحِّ)؛ لأنّه أسقَطَ حقَّه، ولو أتْلَفَها فأحدَثَ له استئمانًا، أو نحوَه في البدَلِ لم يَبْرَأ وخرج بأحدَثَ قولُه له قبلَ الخيانةِ إنْ خُنْت ثمّ تَرَكْت عُدْت أمينًا فلا يَبْرَأ به قطعًا؛ لأنّه إبراءٌ عَمّا لم يجبْ، وكذا لو أبرَأه نحوُ وكيلٍ ووَليٍّ (ومتى طلبها المالِكُ) لِكلِّها المُطْلَقِ التَّصرُّفِ.

ولو سكْرانَ على الأوجَه لا على وجهٍ يَلوحُ بجَحْدِها كأنْ طالَبَه بحَضْرةِ ظالِمٍ مُتَشَوِّفٍ إليها (لَزِمَه الرَّدُّ) على الفوْرِ ولا يَجوزُ له التّأخيرُ للإشهادِ وإنْ سلَّمَها له بإشهادٍ لِقَبولِ قولِه في الرّدِّ وليس المُرادُ به حَقيقتَه بل التمكين من الأخذِ (بأنْ يُخَلِّيَ بينه وبينها) ومُؤْنةُ الرّدِّ على المالِكِ أمّا مالِكٌ حُجِرَ عليه لِنحوِ سفَهٍ، أو فلَسٍ فلا يَرُدُّ إلا لِوَلِيِّه ولا ضَمِنَ كالرّدِّ لأحدِ شريكين، أو دَعاه فإنْ أبى إلا أخذَ حِصَّته رَفعه لِقاضٍ، أو مُحكَّمٍ يقسِمُها له وعُلِمَ من ذلك أنّ مَنْ أعطَى غيرَه خاتَمَه مثلًا أمارةً لِقَضاءِ حاجةٍ وأمَرَه بردِّه إذا قُضيَتْ فتَرَكه بعدَ قضائِها في حِرْزِه فضاعَ لم يضمنْه لِما تقرّر أنّه إنّما يلزمُه التّخليةُ لا غيرُ وهي لا تكونُ إلا بعدَ الطّلَبِ (فإنْ أخّرَ) التّخليةَ بعدَ الطّلَبِ، أو إعلامَ المالِكِ بحُصولِ مالِه بيَدِه بنحوِ هُبوبِ ريحٍ إنْ لم يعلمه، أو بحُصولِه في حِرْزِ كذا إنْ علمه لا بقَيْدِ كونِه في ذلك الحِرْزِ (بلا عُذْرٍ ضَمِنَ) لِتعدِّيه بخلافِه لِنحوِ صلاةٍ وطُهْرٍ وأكلٍ دخل وقتُها وهي بغيرِ مجلِسِه ومُلازمةِ غَريمٍ، وكذا الإشهادُ على وكيلٍ، أو وليٍّ أو حاكِمٍ طلبها مِمَّنْ أودَعَه إيّاها لاحتمالِ عَزْلِه فلا يُقبَلُ قولُ الوديعِ في الدفعِ إليه حينئذٍ فكان تأخيرُه الدفعَ إليه حتى يشهَدَ على نفسِه بالأخذِ منه عُذْرًا، ولو طالَ زَمَنُ العُذْرِ كنذرِ اعتكافِ شهرٍ مُتَتابعٍ فالأوجَه أنّه يلزمُه توكيلُ أمينٍ يَرُدُّها إنْ وجده مُتبرِّعًا وإلا يوكِّلْ رَفع المودِعُ الأمرَ للحاكِمِ لِيُلْزِمَه ببَعْثِ مَنْ يُسَلِّمُها له فإنْ أبى أرسَلَ الحاكِمُ أمينَه لِيُسلِّمَها له كما لو غابَ الوديعُ ذكرَه الأذرَعيُّ وإنّما يُتَّجه ما ذكرَه آخِرًا إنْ كان خُروجُه لِذلك يقطَعُ تَتابُعَ اعتكافِه والقياسُ أنّه إذا عَجزَ عن التوكيلِ لَزِمَه الخُروجُ ولا ينقطعُ به تَتابُعُه فحينئذٍ يُلْزِمُه الحاكِمُ بالخُروجِ بنفسِه قال ومتى تَرَكَ ما لَزِمَه هنا مع القُدْرةِ عليه ضَمِنَ ويُؤْخَذُ من كلامِ بعضِهم ترجيحُ أنّ اشتراطَ

وإن ادَّعَى تَلَفَها ولم يَذْكُرْ سَبَبًا أو ذَكَرَ خَفيًّا كَسَرِقةٍ صُدِّقَ بيَمينِه، وإنْ ذَكَرَ ظاهِرًا كَحَريقٍ فإنْ عُرِفَ الحريقُ وعُمومُه صُدِّقَ بلا يَمينٍ، وإنْ عُرِفَ دونَ عُمومِه صُدِّقَ بيَمينِه، وإنْ جُهِلَ طولِبَ ببَيِّنةٍ، ثم يَحْلِفُ على التَّلَفِ بِهِ.
وإن ادَّعَى رَدَّها على مَن ائْتَمَنَه صُدِّقَ بيَمينِه، أو على غيرِه كَوارِثِه أو ادَّعَى وارِثُ المودِعِ الرَّدَّ على المالِكِ أو أَودَعَ عندَ سَفَرِه أمينًا فادَّعَى الأمينُ الرَّدَّ على المالِكِ طولِبَ ببَيِّنةٍ،

الفوْريّةِ فيما ذُكِرَ إنّما هو لِدَفْعِ الضّمانِ لا غيرُ فلا يأثَمُ بالتّأخيرِ وإنْ ضَمِنَ به.
لأنّ الأمرَ المُطْلَقَ لا يقتضي الفوْرَ وهو مُحْتَمَلٌ لَكِنّ الأوجَهَ ما دَلَّ عليه كلامُهم من الإثمِ أيضًا؛ لأنّ مَحَلَّ ما ذُكِرَ ما لم تَدُلَّ القرينةُ على الفوْرِ وهي هنا دالةٌ عليه إذْ طَلَبُ المالِكِ أو وكيلِه، وقولُه: أعطِها لأحَدٍ أين، أو مَنْ قدَرْتَ عليه من وُكلائي فقَدَرَ على أحدِهما، أو أحدِهم ظاهرٌ في احتياجِه لها، أو في نَزْعِها منه ومن ثَمَّ ضَمِنَ بالتّأخيرِ بخلافِ ما لو قال ادْفَعْها لِمَنْ شِئْت من ذَين، أو من وُكلائي فأبى فإنّه لا يعصي كما في أصلِ الروضةِ بل ولا يضمنُ كما رجحه الأذرعيُّ من وجهَين أطلقاهما به ويُعْلَمُ الفرقُ بين هذه وما قبلها بأنّ تلك فيها الضّمانُ ومن لازِمِه الإثمُ غالِبًا وهذه لا إثمَ فيها ولا ضمانَ فاتَّجَهَ ما ذكرْته من الإثمِ واندَفع الأخذُ من الأخيرةِ عدمُ الإثمِ فيما قبلها فتأمّلْه (**وإن ادَّعَى**) الوديعُ (**تَلَفَها ولم يذكرْ سببًا**) له، أو ذكرَ سببًا (**خفيًا كسَرِقة**) وغَصْبٍ وبحث حمله على ما إذا ادَّعَى وُقوعَه بخَلْوةٍ (**صُدِّقَ بيَمينِه**) إجماعًا ولا يلزمُه بَيانُ السّبَبِ، نعم يلزمُه الحلِفُ له أنّها تَلِفت بغيرِ تفريطٍ منه.

ولو نكلَ عن اليمينِ على السّبَبِ الخفيِّ حَلَفَ المالِكُ أنّه لا يعلَمُه وغَرَّمَه البدَلَ (**وإن ذكرَ ظاهرًا كحَريقٍ**) وموتٍ وبحث حمله على ما إذا ادَّعَى وُقوعَه بحَضْرةِ جمعٍ (**فإنْ عَرَفَ**) بالبيِّنةِ، أو الاستفاضةِ (**الحريقَ وعمومَه صُدِّقَ بلا يَمينٍ**) لإغناءِ ظاهرِ الحالِ عنها، نعم، إن اتُّهِمَ بأن احتُمِلَ سلامَتُها حَلَفَ وجوبًا (**وإنْ عَرَفَ دون عمومِه**) واحتُمِلَ سلامَتُها (**صُدِّقَ بيَمينِه**) لاحتمالِ ما ادَّعاه (**وإن جَهِلَ طولِبَ ببَيِّنةٍ**) على وُقوعِه (**ثمّ يحلِفُ على التّلَفِ به**) لاحتمالِ سلامَتِها وإنّما لم يُكلَّفْ ببَيِّنةٍ على التّلَفِ به؛ لأنّه مِمّا يخفى فإنْ نَكلَ حَلَفَ مالِكُها على نفيِ العلمِ بالتّلَفِ ورجع عليه، (**وإن ادَّعَى**) وديعٌ لم يضمن الوديعةَ بتفريطٍ، أو تعدٍّ (**رَدَّها على من ائتَمَنَه**) وهو أهلٌ للقبضِ حالَ الرّدِّ مالِكًا كان، أو وليَّه، أو وكيله، أو قيِّمًا، أو حاكِمًا (**صُدِّقَ بيَمينِه**)؛ لأنّه رَضيَ بأمانَته فلم يحتج لإشهادٍ عليه به وأفتى ابنُ الصّلاحِ بتصديقِ جابٍ ادَّعَى تَسليمَ ما جَباه استأجَرَه على الجِبايةِ كوَكيلٍ بجُعْلٍ ادَّعَى تَسليمَ الثمَنِ لِموَكِّلِه (**أو**) ادَّعَى الوديعُ الرَّدَّ (**على غيرِه**) أي غيرِ مَنِ ائتَمَنَه (**كوارِثِه، أو ادَّعَى وارِثُ المودَعِ**) بفتحِ الدّالِ (**الرّدَّ**) منه (**على المالِكِ**) للوَديعةِ (**أو أودَعَ**) الوديعُ (**عندَ سفَرِه أمينًا**) لم يُعَيِّنْه المالِكُ (**فادَّعَى الأمينُ الرّدَّ على المالِكِ طولِبَ**) كلٌّ مِمَّنْ ذُكِرَ (**ببيِّنةٍ**) كما لو ادَّعَى مَنْ طَيَّرَت الرّيحُ ثَوْبًا لِنحوِ دارِه ومُلْتَقِطٌ الرّدَّ على المالِكِ؛ لأنّ الأصلَ عدمُ الرّدِّ ولم يأتَمنه أمّا لو ادَّعَى وارِثُ الوديعِ أنّ

وجُحودُها بعد طَلَبِ المالِكِ مُضَمِّن.

مورِثَه رَدَّها على المودِعِ، أو أنّها تَلِفت في يَدِ مورِثِه، أو يَدِه قبلَ التّمَكُّنِ من الرّدِّ من غيرِ تفريطٍ فيُصَدَّقُ بيَمينِه كما مَرَّ؛ لأنّ الأصلَ عدمُ حُصولِها في يَدِ الوارِثِ وعدمُ تعدّيهِما وأفْهَمَ المتنُ تصديقَ الأمينِ في الأخيرةِ في رَدِّها على الوديعِ وهو كذلك؛ لأنّه ائْتَمَنَه بناءً على أنّ للوَديعِ أخذَها منه بعدَ عَوْدِه من السّفَرِ كما مَرَّ (وجُحودُها بعدَ طَلَبِ المالِكِ) لها بأنْ قال لم تودِعْني يمنعُ قبولَ دعواه الرّدَّ، أو التّلَفَ المُسقِطَ لِلضّمانِ قبلَ ذلك لِلتّناقُضِ لا طلبه تَحْليفَ المالِكِ ولا البيِّنَةَ بأحدِهِما لاحتمالِ نِسيانِه وقضيّتُه أنّه لا تُقْبَلُ دعواه النّسيانَ حيثُ لا بَيِّنَةَ وقد يوَجَّه بأنّ التّناقُضَ من مُتكلِّمٍ واحِدٍ أقبَحُ فغُلِّظَ فيه أكثرَ وفارَقَ ما هنا ما مَرَّ في المُرابَحةِ بأنّ التّناقُضَ ثَمّ صريحٌ لا يقبَلُ تأويلاً بخلافِه هنا لاحتمالِ أنْ يُريدَ بلم تودِعْني لم يقعْ منك إيداعٌ لي بعدَ التّلَفِ، أو الرّدِّ بخلافِ نحوِ قولِه لا وديعةَ لَك عندي يُقْبَلُ منه الكلُّ إذْ لا تَناقُضَ هذا كلُّه حيثُ تَلِفت وإلا فهو بقِسمَيْه (مُضَمِّنٌ) وإذا ادَّعَى غَلَطًا، أو نِسيانًا لم يُصَدَّقْه فيه المالِكُ؛ لأنّه خيانةٌ، نعم، إنْ طلبها منه بحَضْرةِ ظالِمٍ خَشيَ عليها منه فجَحَدَها دَفعًا لِلظّالِمِ لم يضمنْ؛ لأنّه مُحْسِنٌ بالجحْدِ حينئذٍ وخرج بطَلَبِ المالِكِ قولُه ابتداءً أو جوابًا لِسُؤالِ غيرِ المالِكِ، ولو بحَضْرَته، أو لِقولِ المالِكِ لي عندَك وديعةٌ لا وديعةٌ لأحَدٍ عندي؛ لأنّ إخفاءَها أبلَغُ في حِفْظِها، ولو أنكر أصلَ الإيداعِ الثابِت بنحوِ بَيِّنةٍ حُبِسَ وهل يكفي جوابُه بلا تَستَحِقُّ عليَّ شيئًا لِتَضَمُّنِه دعوَى تَلَفِها، أو رَدِّها، أو لا فيه تَرَدُّدٌ والظّاهِرُ منه على ما قاله الزّركشيُّ الأوّلُ.

(تنبيهٌ) ما ذُكِرَ من التّفْصيلِ في التّلَفِ والرّدِّ يَجْري في كلِّ أمينٍ إلا المُرْتَهِنَ والمُستأجِرَ فإنّهما لا يُصَدَّقانِ في الرّدِّ وسيُعْلَمُ مِمّا يأتي في الدّعاوَى أنّ نحوَ الغاصِبِ يُصَدَّقُ في دعوَى التّلَفِ أيضًا لِئَلّا يخلُدَ حَبْسُه ثمّ يَغرَمَ البدَلَ.

وأفتى ابنُ عبدِ السّلامِ فيمَنْ عندَه وديعةٌ أيِسَ من مالِكِها بعدَ البحثِ التّامِّ ويظهرُ أنْ يَلْحَقَ بها فيما يأتي لُقَطةُ الحرَمِ بأنّه يَصْرِفُها في أهَمِّ المصالِحِ إنْ عَرَفَ وإلا سألَ عارِفًا ويُقَدِّمُ الأحوَجَ ولا يَبني بها مسجِدًا.

قال الأذرَعيُّ وكلامُ غيرِه يقتضي أنّه يدفَعُها لِقاضٍ أمينٍ ولَعَلَّه إنّما قال ذلك لِفَسادِ الزّمانِ قال كالجواهِرِ وينبغي أنْ يُعَرِّفَها كاللُّقَطةِ فلَعَلَّ صاحِبَها نَسِيَها فإنْ لم يظهرْ صَرَفَها فيما ذُكِرَ اهـ والحاصِلُ أنّ هذا مالٌ ضائعٌ فمتى لم يَيْأس من مالِكِه أمسَكه له أبدًا مع التعريفِ نَدْبًا، أو أعطاه للقاضي الأمينِ فيحفَظُه له كذلك ومتى أيِسَ منه أي بأنْ يَبْعُدَ في العادةِ وجودُه فيما يظهرُ صار من جُمْلةِ أموالِ بيت المالِ كما مَرَّ في بابِ إحياءِ الموات فيَصْرِفُه في مَصارِفِها مَنْ هو تحتَ يَدِه، ولو لِبِناءِ نحوِ مسجِدٍ، وقولُه: ولا يَبني بها مسجِدًا لَعَلَّه باعتبارِ الأفْضَلِ وأنّ غيرَه أهَمُّ منه وإلا فقد صرحوا في مالِ مَنْ لا وارِثَ له بأنّ له بناءَه، أو يدفعه للأمِّ ما لم يكن جائزًا فيما يظهرُ.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب قَسْم الفيْءِ والغنيمةِ

الفيْءُ: مالٌ حَصَلَ من كُفّارٍ بلا قِتالٍ وإيجافِ خَيْلٍ ورِكابٍ كَجِزْيةٍ وعُشْرِ تِجارةٍ ......

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ [قسم الفيْءِ والغنيمة]

(قسم) بفتحِ القافِ مَصْدَرٌ بمعنى القِسمةِ، وهو بكسرِها النّصيبُ (الفيْءِ) مَصْدَرُ فاءَ يَفيءُ إذا رجع سُمّيَ به المالُ الآتي لِرُجوعِه إلينا من استعمالِ المصْدَرِ في اسم الفاعِلِ؛ لأنّه راجِعٌ، أو المفعولِ؛ لأنّه مَرْدودٌ سُمّيَ بذلك؛ لأنّ اللّهَ تعالى خَلَقَ الدُّنيا وما فيها للمُؤْمِنين لِلاستعانةِ على طاعَته فمَنْ خالفه فقد عَصاه وسَبيلُه الرّدُّ إلى مَنْ يُطيعُه (والغنيمةِ) فعيلةٌ بمعنى مفعولةٍ من الغُنْمِ أي الرِّبْحِ والمشْهورُ تَغايُرُهما كما دَلَّ عليه العطْفُ وقيلَ اسمُ الفيْءِ يشمَلُها؛ لأنّها راجِعةٌ إلينا أيضًا ولا عكسَ فهي أخصُّ وقيلَ هما كالفقيرِ والمِسكينِ ولم يَحِلاّ لِغيرِنا بل كانت تأتيهم نارٌ من السّماءِ تَحْرِقُ ما جَمَعوه وكانتْ في صَدْرِ الإسلام له ﷺ خاصّةً؛ لأنّ النُّصْرةَ ليستْ إلا به ثمّ نُسِخَ ذلك واستَقَرَّ الأمرُ على ما يأتي قيلَ بعضُهم ذكرَ هذا البابَ بعدَ السِّيَرِ، وهو الأنسَبُ وقد يُقالُ بل هذا أنْسَبُ؛ لأنّه قد عُلِمَ أنّ ما تحتَ أيدي الكُفّارِ من الأموالِ ليستْ لهم بطَريقِ الحقيقة فهم كوَديعٍ تحتَ يَدِه مالٌ لِغيرِه سبيلُه رَدُّه إليه فلِذا ذُكِرَ عَقِبَ الوديعةِ لِمُناسبته لها وهذه مُناسبةٌ دَقيقة لا تُستَفادُ إلا من هذا الصّنيعِ فكان أولى فإنْ قُلْت بل هم كالغاصِبِ فكان الأنسَبُ ذِكْرَه عَقِبَ الغصبِ قُلْت التّشْبيه بالغاصِبِ، وإنْ صَحَّ من وجهٍ لكن فيه تَكلُّفٌ وإنّما الأظهرُ التّشْبيه بالوديعِ من حيثُ إنّه مع جوازِ تَصرُّفِهم فيه مُستَحَقُّ الرّدِّ لِغيرِهم.

(الفيْءُ مالٌ) ذكرَه؛ لأنّه الأغلَبُ، وإنْ قيلَ حَذْفُ المالِ أولى ليشمَلَ الاختصاصَ (حَصَلَ) لَنا (من كُفّارٍ) حربيّين، أو غيرِهم لِما يأتي في الأمثِلةِ فتقييدُ شيخِنا بالحربيّين موهِمٌ، وإنْ أمكنَ توجيهُه على بُعْدٍ بأنّه باعتبارِ أنّهم الأصلُ لا لإخراجِ غيرِهم نعم، يُشْتَرَطُ كونُه ملكهم ليُخْرِجَ ما استولوا عليه لِنحوِ مسلم فإنّه يجبُ رَدُّه إليه كما يأتي قريبًا وخرج به نحوُ صَيْدِ دارِهم الذي لم يستولوا عليه فإنّه مُباحٌ فيملكُه آخِذُه كما في أرضِنا (بلا قِتالٍ وإيجافٍ) أي إسراعِ نحوِ (خيلٍ ورِكابٍ) أي إبِلٍ وبِلا مُؤْنةٍ أي لها وقعٌ كما هو ظاهِرٌ (كجِزْيةٍ) وخَراجٍ ضُرِبَ على حكمِها كذا قيّدَه شارحٌ والوجه أنّه لا فرقَ بينه وبين غيرِه مِمّا هو في حكمِ الأُجْرةِ حتى لا يسقُطَ بإسلامِهم ويُؤْخَذَ من مالِ مَنْ لا جِزْيةَ عليه؛ لأنّه، وإنْ كان أُجْرةً يَصْدُقُ عليه حَدُّ الفيْءِ ومنه نحوُ صَبيٍّ دخل دارَنا فأخذَه مسلمٌ وضالةُ حربيٍّ ببلادِنا بخلافِ كامِلٍ داخِلَ دارِنا فأُخِذَ؛ لأنّ أخذَه يحتاجُ لِمُؤْنةٍ أي غالِبًا (وعُشْرِ تجارةٍ) يعني ما أخذَه من

وما جَلوا عنه خَوْفًا ومالِ مُرْتَدٍّ قُتِلَ أو ماتَ وذِمِّيٍّ ماتَ بلا وارِثٍ فَيُخَمَّسُ.

أهلِها ساوَى العُشْرَ، أو لا وما صولِحَ عليه أهلُ بَلَدٍ من غيرِ نحوِ قِتالٍ (وما جَلوا) أي هَرَبوا (عنه خوفًا) ولو من غيرِنا فيما يظهرُ ثمّ رأيت الأذرَعيَّ بحثه أيضًا ورَدَّ تقييدًا لِبعضِ الشُّرّاحِ بالمسلمين أخذًا من عبارةِ الشيخينِ قيلَ الأولى حَذْفُه ليشمَلَ ما جَلوا عنه لِنحوِ ضِرٍّ أصابهم ويُرَدُّ بأنّه يدخلُ فيه لِما تقرّر أنّه شامِلٌ لِخوفِهم مِنّا ومن غيرِنا نعم، لو فُرِضَ أنّهم تَرَكوا مالاً لا لِمعنًى، أو لِنحوِ عَجْزِ دَوابِّهم عن حملِه فهو فيْءٌ أيضًا كما هو ظاهرٌ وقد يُرَدُّ هذا عليه إلا أنْ يُجابَ بأنّ التقييدَ بالخوفِ للغالِبِ وما جَلوا عنه بعدَ تَقابُلِ الجيْشينِ غَنيمةٌ لَكِنّه لَمّا حَصَلَ التّقابُلُ كان بمنزلةِ حُصولِ القِتالِ فلم يَرِدْ (ومالُ) واختصاصُ (مُرْتَدٍّ قُتِلَ، أو مات) على الرِّدّةِ (و) مالُ واختصاصُ (ذِمّيٍّ)، أو مُعاهِدٍ، أو مُستأمَنٍ (مات بلا وارِثٍ) مُستَغرِقٍ بأنْ لم يَتْرُكْ وارِثًا أصلاً، أو تَرَكَ وارِثًا غيرَ جائِزٍ فجميعُ مالِه في الأوّلِ وما فضَلَ عن وارِثِه في الثاني لِبيت المالِ كما بَيّنَه السُّبْكيُّ وألَّفَ فيه رَدًّا على كثيرين أخطَئوا في ذلك فإنْ خَلَّفَ مُستَغرِقين لِميراثِه بمقتضى شرعِنا.

ولم يترافَعوا إلينا لم نَتعرَّضْ لهم في قِسمَته واعتُرِضَ الحدُّ بشُمولِه لِما أهداه كافِرٌ في غيرِ حربٍ فإنّه ليس بفَيْءٍ كما أنّه ليس بغَنيمةٍ مع صِدْقِ تعريفِ الفَيْءِ عليه ولِما أُخِذَ بسَرِقة من دارِ الحربِ مع أنّه غَنيمةٌ مُخَمَّسةٌ وكذا ما أهداه والحربُ قائِمةٌ مع أنّه كذلك وبأنّ ما في حَيِّزِ لا لا بُدَّ من انتفاءِ جميعِه والعبارةُ تحتَمِلُ انتفاءَ مجموعِه فكان ينبغي إعادةُ لا ويُجابُ بأنّ قرينةَ نفيِ القِتالِ والإيجافِ تَدُلُّ على أنّ الكلامَ في حُصولٍ بغيرِ عقدٍ ونحوِه مِمّا لا مِنّةَ فيه للمأخوذِ منه وهذا حاصِلٌ بذلك فمن ثَمَّ اتَّجَهَ حكمُهم عليه بأنّه ليس بفَيْءٍ ولا غَنيمةٍ واتَّجَهَ أنّه لا يَرِدُ على حَدِّ الفَيْءِ وبأنّ السّارِقَ لَمّا خاطَرَ كان في معنى القاتِلِ على أنّه سيذكرُ حكمَه في السِّيَرِ كالمُلْتَقَطِ الأظهرُ إيرادًا من السّارِقِ لولا ذِكْرُه ثَمَّ ما يُفيدُ أنّه غَنيمةٌ ؛ لأنّ فيه مُخاطَرةً أيضًا إذ قد يَتّهِمونَه بأنّه سرَقَها على أنّ الأذرَعيَّ بحث أنّ أخذَ مالِهم بدارِنا بلا أمانٍ كهو في دارِهم ويوَجّه بأنّ فيه مُخاطَرةً أيضًا بخلافِ أخذِ الضّالةِ السّابِقِ وبأنّ الحربَ لَمّا كانت قائِمةً كانت في معنى القِتالِ وبأنّ الأصلَ فيما في حَيِّزِ النّفْيِ انتفاءُ جميعِه لا مجموعُه كما أشاروا إليه في تفسيرِ ولا الضّالّين وسيأتي قُبَيْلَ التّفْويضِ ما له تعلُّقٌ بذلك فاندَفع جوابُ السُّبْكيّ بأنّ الواوَ قبلَ رِكابٍ بمعنى، أو وقبلَ إيجافٍ تحتَمِلُ ذلك وبَقاءَها على حَقيقَتها من الجمعِ على أنّه مَرْدودٌ بأنّ كونَها بمعنى أو إنّما هو في جانِبِ الإثبات في حَدِّ الغنيمةِ لا النّفْيِ في حَدِّ الفَيْءِ بل هي على بابِها إذِ المُرادُ انتفاءُ كلٍّ على انفِرادِه (فنخَمُسُ) جميعِ الفَيْءِ خمسةُ أسهُمٍ مُتَساوِيةٍ.

وقال الأئِمّةُ الثلاثةُ: يُصْرَفُ جميعُه لِمَصالِحِ المسلمين لَنا القياسُ على الغنيمةِ المُخَمَّسةِ بالنّصِّ بجامِعِ أنّ كلًّا راجِعٌ إلينا من الكُفّارِ واختلافُ السّبَبِ بالقِتالِ وعدمِه لا يُؤَثِّرُ وزعم أنّ هذا من بابِ حملِ المُطْلَقِ على المُقَيَّدِ بعيدًا لِما عُرِفَ مِمّا تقرّر ويأتي أنّ الفَيْءَ والغنيمةَ حَقيقَتانِ مُتَغايِرَتانِ شرعًا

وَخُمسُه لِخَمسةٍ: أَحَدُها مَصالِحُ المُسْلِمينَ كالثُّغورِ والقُضاةِ والعُلماءِ ....

فلم يُتَصَوَّرْ هنا مُطْلَقٌ ومُقَيَّدٌ (وخمسةٌ لِخمسةٍ) مُتَساويةٍ (أحدُها مَصالِحُ المسلمين كالثُّغورِ)، وهي مَحالُّ الخوفِ من أطرافِ بلادِنا فتُشْحَنُ بالعُدّةِ والعددِ (والقُضاةُ) أي: قُضاةُ البِلادِ لا العسكرُ وهم الذين يحكُمون لأهلِ الفيْءِ في مغزاهم فيُرْزَقون من الأخماسِ الأربَعةِ لا من خُمُسِ الخُمُسِ كأئِمَّتهم ومُؤَذِّنيهم (والعُلَماءُ) يعني المُشْتَغِلين بعُلومِ الشرعِ وآلاتها ولو مُبْتَدَئينِ والأئِمّةُ والمُؤَذِّنين ولو أغنياءَ وسائِرُ مَنْ يشتَغِلُ عن نحوِ كسبه بمَصالِحِ المسلمين لِعمومِ نفعِهم وأُلْحِقَ بهم العاجِزون عن الكسبِ والعطاءِ إلى رَأيِ الإمامِ مُعتبَرًا سعةَ المالِ وضيقِه وهذا السّهْمُ كان له ﷺ يُنْفِقُ منه على نفسِه وعيالِه ويَدَّخِرُ منه مُؤْنَةَ سنةٍ ويَصْرِفُ الباقيَ في المصالِحِ كذا قاله الأكثرون وقالوا وكان له الأربَعةُ الأخماسِ الآتيةِ فجُمْلَةُ ما كان يأخُذُه إحدَى وعِشْرين من خمسةٍ وعِشْرين قال الرّويانيُّ وكان يَصْرِفُ العِشْرين التي له للمَصالِحِ قيلَ وجوبًا ونَدْبًا وقال الغزاليُّ وغيرُه بل كان الفيْءُ كلُّه له في حياته وإنّما خُمِّسَ بعدَ موته ويُؤَيِّدُ حَصْرَه قولُنا لَنا القياسُ إلَخْ إذْ لو خُمِّسَ في حياته لم يحتج للقياسِ وقال الماوَرْديُّ وغيرُه: كان له في أوّلِ حياته ثمّ نُسِخَ في آخِرِها ويُؤَيِّدُ الأوّلَ الخبرُ الصّحيحُ «ما لي مِمّا أفاءَ اللّه عليكُم إلا الخُمُسَ والخُمُسُ مَرْدودٌ عليكُم»[1] ولم يُرَدَّ عليهم إلا بعدَ وفاته.

(تنبيهٌ) وقَعَ لِلرّافِعيِّ هنا أنّه ﷺ مع تَصَرُّفِه في الخُمْسِ المذكورِ لم يكن يملكُه ولا ينتَقِلُ منه إلى غيرِه إرْثًا وسبقَه لِذلك جمعٌ مُتَقَدِّمون ورُدَّ بأنّ الصّوابَ المنصوصَ أنّه كان يملكُه وقد غَلَّطَ الشيخُ أبو حامِدٍ مَنْ قال لم يكن ﷺ يملكُ شيئًا وإنّما أُبيحَ له ما يحتاجُ إليه وقد يُؤَوَّلُ كلامُ الرّافِعيِّ بأنّه لم ينفِ الملكَ المُطْلَقَ بل الملكَ المقتضي للإرثِ عنه ويُؤَيِّدُ ذلك اقتضاءُ كلامِه في الخصائِصِ أنّه يملكُ وإنّما لم يورَثْ كالأنبياءِ إمّا لِئَلّا يتمَنّى وارِثُهم موتَهم فيَهْلِكُ؛ لأنّ ذلك كُفْرٌ كما قاله المحامِليُّ قال الزّركشيُّ وقَريبٌ منه ما ذُكِرَ أنّ حِكْمةَ عدمِ شيبه ﷺ أنّ النّساءَ يَكْرَهْنَه وكراهَتُه منه كُفْرٌ وإمّا لِئَلّا يَظُنَّ فيهم الرّغْبةَ في الدُّنْيا بجمعِها لِورثَتهم.

(فائِدةٌ) مَنَعَ السُّلْطانُ المُستَحِقّين حُقوقَهم من بيت المالِ ففي الإحياءِ قيلَ لا يَجوزُ لأحَدِهم أخذُ شيءٍ منه أصلًا؛ لأنّه مشترَكٌ ولا يدري حِصَّتَه منه وهذا غُلوٌّ وقيلَ يأخُذُ كِفايةَ يوم بيومٍ وقيلَ كِفايةَ سنةٍ وقيلَ ما يُعْطَى إذا كان قدرَ حَقِّه والباقون مَظْلومون وهذا هو القياسُ؛ لأنّ المالَ ليس مشترَكًا بين المسلمين ومن ثَمّ مَنْ مات وله فيه حَقٌّ لا يستَحِقُّه وارِثُه اهـ وخالفه ابنُ عبدِ السّلام فمَنَعَ الظّفَرَ في الأموالِ العامّةِ لأهلِ الإسلامِ ومالِ المجانينِ والأيتامِ وأفتى المُصَنِّفُ بأنّ مَنْ غَصَبَ أموالًا لأشخاصٍ وخَلَطَها ثمّ فرَّقَها عليهم بقدرِ حُقوقِهم جازَ لِكلٍّ أخذُ قدرِ حَقِّه، أو على بعضِهم لَزِمَ مَنْ

---

(١) [صحيح] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٢٦٩٤]، والنسائي في (سننه) [رقم/ ٤١٣٩]، والطبراني في (المعجم الأوسط) [رقم/ ٧٣٧٦]، وغيرهم من حديث: عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به.

قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (إرواء الغليل) للألباني [رقم/ ١٢٤٠].

يُقدَّمُ الأهمُّ، والثّاني بَنو هاشِمٍ والمُطَّلِبِ يَشْتَرِكُ الغنيُّ والفقيرُ والنِّساءُ ويُفضَّلُ الذَّكَرُ كالإرْثِ، والثّالِثُ اليتامَى، وهو صَغيرٌ لا أبَ لَه، ....

وصَلَ له شيءٌ قِسمَتُه عليه وعلى الباقين بنِسبةِ أموالِهم وما ذكرَه الغزاليُّ أوجَه مِمّا ذكرَه ابنُ عبدِ السّلام إذْ كلامُهم الآتي في الظّفرِ يَرُدُّه ولا يُعارِضُه هذا الإفتاءُ؛ لأنّ أعيانَ الأموالِ يُحتاطُ لها ما لا يُحتاطُ لِمُجَرَّدِ تعلُّقِ الحُقوقِ. (يُقَدَّمُ الأهَمُّ فالأهَمُّ) وجوبًا وأهَمُّها سدُّ الثُّغورِ.

(والثاني بَنو هاشِمٍ و) بَنو (المُطَّلِبِ) المسلمون؛ لأنّه ﷺ وضَعَ سهْمَ ذَوي القُربى الذي في الآيةِ فيهم دون بَني أخيهِما شَقيقِهما عبدِ شَمْسٍ ومن ذُرّيَّته عُثمانُ وأخيهِما لأبيهِما نَوْفَلٍ مُجيبًا عن ذلك بقولِه «نحن وبَنو المُطَّلِبِ شيءٌ واحدٌ»[1] وشَبَّك بين أصابعِه، رَواه البُخاريُّ أي لم يُفارِقوا بَني هاشِمٍ في نُصرَته ﷺ جاهِليّةً ولا إسلامًا والعبرةُ بالانتسابِ للآباءِ دون الأُمَّهات؛ لأنّه ﷺ لم يُعْطِ الزُّبَيْرَ وعُثمانَ رَضِيَ اللهُ عَنهُما شيئًا مع أنّ أُمَّيْهِما هاشِميَّتانِ ولا يَرِدُ عليه أنّ من خَصائِصِه ﷺ أنّ أولادَ بَناته يُنسَبون إليه في الكفاءةِ وغيرِها كابنِ بنته رُقَيّةَ من عُثمانَ وأُمامةَ بنت بنته زَيْنَبَ من أبي العاصِ؛ لأنّ هذينِ ماتا صَغيرَين فلا فائِدةَ لِذِكْرِهما وإنّما أعقبَ أولادُ فاطِمةَ من عَليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُم وهم هاشِميّون أبًا والكلامُ في الإعطاءِ من الفيْءِ أمّا أصلُ شَرَفِ النّسبةِ إليه ﷺ والسّيادةِ فظاهرٌ أنّه يَعُمُّ أولادَ البنات مُطْلَقًا نظيرَ ما مَرَّ في آلِه أنّهم هنا مَنْ ذُكِرَ وفي مَقام نحوِ الدُّعاءِ كلُّ مُؤمِنٍ تَقيٍّ كما في خبرٍ ضعيفٍ (يشتَرِكُ) فيه (الغنيُّ والفقيرُ) لإطلاقِ الآيةِ «لإعطائِه ﷺ العبّاسَ وكان غَنيًّا» وقَيَّدَه الإمامُ بسَعةِ المالِ وإلا قُدِّمَ الأحوَجُ (والنّساءُ)؛ لأنّ فاطِمةَ وصَفيّةَ عَمّةَ أبيها رَضِيَ اللهُ عَنهُما كانا يأخُذانِ منه (ويُفَضَّلُ الذّكرُ كالإرثِ) بجامِعِ أنّه استحْقاقٌ بقَرابةِ الأبِ فله مثلُ حَظّي الأنثى بخلافِ الوصيّةِ فإنْ قُلْت يُنافي ذلك أخذُ الجدِّ مع الأبِ وابنِ الابنِ مع الابنِ واستواءُ مُدْلٍ بجهتَين ومُدْلٍ بجِهةٍ قُلْت لا يُنافيه؛ لأنّ التّشبيهَ بالإرثِ من حيثُ الجُمْلةِ لا بالنّسبةِ لِكلٍّ على انفِرادِه فاندَفع ترجيحُ جمعِ القولَ بالاستواءِ نَظَرًا لِذلك وبحث الأذرعيُّ أنّ الخُنثَى يُعْطَى كالأنثى ولا يوافِقُ له شيءٌ وقد يوَجَّه بأنّ الوقفَ إنّما يتأتّى فيما فيه ملكٌ حَقيقيٌّ كالإرثِ والوصيّةِ وما هنا ليس كذلك لأخذِه شَبَهًا من كلٍّ كما تقرّر فلم يُناسِبْه الوقفُ وأفهَمَ التّشبيه استواءَ الصّغيرِ والعالِمِ وضِدِّهما، وأنّهم لو أعرَضوا لم يسقُطْ وسيذكرُه في السِّيَرِ.

(والثالِثُ اليتامَى) الآيةَ (وهو) أي اليتيمُ (صَغيرٌ) لم يَبْلُغْ بسِنٍّ، أو احتلامٍ لِخبرِ «لا يُتْمَ بعدَ احتلامٍ»[2] حَسَّنَه المُصَنِّفُ وضَعَّفَه غيرُه (لا أب له) وإنْ كان له جَدٌّ ولو لم يكنْ من أولادِ المُرْتَزِقة ويدخلُ فيه ولَدُ الزِّنا والمنفيُّ لا اللّقيطُ على الأوجَه؛ لأنّا لم نَتحَقّقْ فقْدَ أبيه.

---

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

(٢) [صحيح] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٢٨٧٣]، وغيره من حديث: علي بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنهُ.
قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (إرواء الغليل) للألباني [رقم/ ١٢٤٤].

وَيُشْتَرَطُ فَقْرُه على المشهورِ، والرّابعُ والخامِسُ المساكينُ وابنُ السّبيلِ، ويَعُمُّ الأصْنافَ الأربَعةَ المُتأخِّرةَ، وقيلَ يُخَصُّ بالحاصِلِ في كُلِّ ناحيةٍ مَنْ فيها منهم، ....

على أنّه غنيٌّ بنفقته في بيت المالِ مثلاً أمّا فاقِدُ الأُمِّ فيُقالُ له مُنْقَطِعٌ ويَتيمُ البهائِم فاقِدُ أُمِّه والطُّيورُ فاقِدُهما (وَيُشْتَرَطُ) إسلامُه و (فقرُه)، أو مسكنَتُه (على المشهورِ)؛ لأنّ لفظَ اليُتْم يُشْعِرُ بالحاجةِ وفائِدةُ ذِكْرِهم هنا مع شُمولِ المساكينِ لهم عدمُ حِرْمانِهم وإفرادُهم بخُمُسٍ كامِلٍ ولا بُدَّ في ثُبوت اليُتْمِ والإسلامِ والفقرِ هنا من البيِّنةِ وكذا في الهاشِميِّ والمُطَّلِبيِّ نعم، ذكرَ جمعٌ أنّه لا بُدَّ معها فيهما من استفاضةٍ لِنَسَبه ويوَجَّه بأنّ هذا النّسب أشرَفُ الأنسابِ ويَغْلِبُ ظُهورُه في أهلِه لِتَوَفُّرِ الدّواعي على إظْهارِ أحوالِهم فاحتيطَ له دون غيره لِذلك ولِسُهولةِ وجودِ الاستفاضةِ به غالبًا وهل يَلْحَقُ أهلُ الخُمُسِ الأوّلِ بمَنْ يَليهم في اشتراطِ البيِّنةِ، أو بمَنْ يأتي في الاكتفاءِ بقولِهم مَحَلُّ نَظَرٍ والأقربُ الأوّلُ لِسُهولةِ الاطِّلاعِ على حالِهم غالبًا.

(والرّابعُ والخامِسُ المساكينُ وابنُ السّبيلِ) ولو بقولِهم بلا يَمينٍ، وإن اتُّهموا نعم، يظهرُ في مُدَّعي تَلَفِ مالٍ له عُرِفَ أو عيالٍ أنّه يُكلَّفُ بَيِّنةً نظيرَ ما يأتي في البابِ الآتي وذلك للآيةِ ويأتي بيانُهما والمساكينُ يشمَلون الفُقَراءَ ولَهما مالٌ ثانٍ، وهو الكفّارةُ وثالِثٌ، وهو الزّكاةُ ويُشْتَرَطُ الإسلامُ في الكلِّ والفقرُ في ابنِ السّبيلِ أيضًا ولو اجتَمع وصْفانِ في واحدٍ أُعْطيَ بأحدِهما إلا الغزْوَ مع نحوِ القرابةِ فيُعْطى بهما وإلا مَنِ اجتَمع فيه يُتْمٌ ومسكنةٌ فيُعْطى باليُتْم فقط؛ لأنّه وصْفٌ لازِمٌ والمسكنةُ مُنْفَكّةٌ كذا قاله الماوَرْديُّ وجزم به غيرُه وفيه نَظَرٌ كيف والمسكنةُ شرطٌ لليَتيم فلا يُتَصَوَّرُ اجتماعُهما مُستقِلَّين حتى يُقال يُعْطى باليُتْم فقط ثمّ رأيت الأذرَعيَّ قال عقِبَه، وهو فرعٌ ساقِطٌ؛ لأنّ اليتيمَ لا بُدَّ له من فقرٍ، أو مسكنةٍ، وهو صريحٌ فيما ذكرْته وبِتَسليمِه فارَقَ أخذَ غازٍ هاشِميٍّ مثلاً بهما هنا بأنّ الأخذَ بالغزْوِ لِحاجَتنا وبالمسكنةِ لِحاجةِ صاحِبِها ومنه يُؤْخَذُ أنّ نحوَ العلمِ كالغزْوِ (ويَعُمُّ) الإمامُ، أو نائِبُه (الأصنافَ الأربَعةَ) وجميعَ آحادِهم (المُتأخِّرةَ) بالعطاءِ غائِبُهم عن مَحَلِّ الفيْءِ وحاضِرِهم وجوبًا لِظاهِرِ الآيةِ نعم، يَجوزُ التّفاوُتُ بين آحادِ الصِّنْفِ غيرَ ذَوي القُربى لاتِّحادِ القرابةِ وتَفاوُت الحاجةِ المعتبَرةِ في غيرِهم لا بين الأصنافِ ولو قلَّ الحاصِلُ بحيثُ لو عَمَّ لم يَسُدَّ مَسَدًّا خَصَّ به الأحوَجَ لِلضّرورةِ.

(وقيلَ يُخصُّ بالحاصِلِ في كلِّ ناحيةٍ مَنْ فيها منهم) كالزّكاةِ ولِمَشَقة النّقْلِ ويَرُدُّه أنّ النّقْلَ لإقليم لا شيءَ فيه، أو فيه ما لا يَفي بساكِنيه إذا وُزِّعَ عليهم بقدرِ ما يحتاجُ إليه في التّسويةِ بين المنقولِ إليهم وغيرِهم إنّما هو لِموافَقة الآيةِ المقتضيةِ لِوجوبِ تعميم جميعِهم في جميع الأقاليم ويُفرَّقُ بينه وبين الزّكاةِ بأنّ التّشوُّفَ لها إنّما يكونُ في مَحلِّها فقط؛ لأنّ الغالِبَ أنّه لا يُفَرِّقُها إلا المُلّاكُ بخلافِ الفيْءِ؛ لأنّ المُفرِّقَ له الإمامُ، أو نائِبُه، وهو لِسَعةِ نَظَرِه ويتشوَّفُ كلُّ مَنْ في حكمِه لِوُصولِ شيءٍ من الفيْءِ إليه مع أنّه لا مَشَقة عليه في النّقْلِ ومَنْ فُقِدَ من الأصنافِ الأربَعةِ صُرِفَ نصيبُه للباقين منهم.

وأمّا الأخماسُ الأربَعةُ فالأظْهَرُ أنّها للمُرْتَزِقةِ، وهم الأجْنادُ المُرْصَدونَ للجِهادِ فَيَضَعُ الإمامُ ديوانًا، ويُنَصِّبُ لِكُلِّ قَبيلةٍ أو جَماعةٍ عَريفًا ويَبْحَثُ عن حالِ كُلِّ واحِدٍ وعيالِه وما يَكْفيهم فيُعْطيه كِفايَتَهم ....

(وأمّا الأخماسُ الأربَعةُ) التي كانت هي خُمُسَ الخُمُسِ لِلنبيِّ ﷺ على ما مَرَّ (فالأظهرُ أنّها للمُرْتَزِقة) وقُضاتهم وأئِمَّتهم ومُؤَذِّنيهم وعُمّالِهم ما لم يوجَدْ مُتَبَرِّعٌ (وهم الأجنادُ المُرْصَدون) في الدّيوانِ (للجِهادِ) لِحُصولِ النُّصْرةِ بهم بعدَه ﷺ سُمّوا بذلك؛ لأنّهم أرْصَدوا نُفوسَهم لِلذَّبِّ عن الدّينِ وطَلَبوا الرِّزْقَ من مالِ اللّه تعالى وخرج بهم المُتَطَوِّعةُ بالغزْوِ وإذا نَشَطوا فيُعْطَوْنَ من الزّكاةِ دون الفيْءِ عكسَ المُرْتَزِقة أي ما لم يعجِزْ سهْمُهم عن كِفايَتِهم فيُكْمِلُ لهم الإمامُ من سهْمِ سبيلِ اللّه أخذًا من كلامِ الإمامِ الذي قال الأذرَعيُّ عَقِبَه إنّه حَسَنٌ صحيحٌ غَريبٌ وحاصِلُه أنّه إذا عَدِمَ مالُ الفيْءِ من يَدِ الإمامِ والمُرْتَزِقة مفقودٌ فيهم شرطُ استحْقاقِ سهْمِ سبيلِ اللّه لم يَجُزْ صَرْفُه إليهم فإنْ لم يُفْقد فيهم ولو لم يَكْفِهم لَضاعوا ورَأى صَرْفَه إليهم، وأنّ انتهاضَهم للقِتالِ أقرَبُ من انتهاضِ المُتَطَوِّعةِ لم يُعْتَرَضْ عليه ا هـ.

وزَيَّفَ أعني الإمامَ قولَ الصّيْدَلانيِّ إذا لم يكن للمُرْتَزِقة شيءٌ صُرِفَ إليهم من سهْمِ سبيلِ اللّه إذا قاتَلوا مانِعي الزّكاةِ ا هـ وكان وجه التزييفِ أنّ اشتراطَ مُقاتَلَتهم لِمانِعي الزّكاةِ إنّما يُناسِبُ الأخذَ من سهْمِ المُؤَلَّفة وقولُ الغزاليِّ إذا قاتَلوا مانِعي الزّكاةِ لم يَبْعُدْ أنْ يُعْطَوْا من سهْمِ الغارِمين بَعيدٌ جِدًّا (فيَضَعُ) وجوبًا عندَ جمعٍ وادَّعَوْا أنّه ظاهرُ كلامِ الروضةِ ونَدْبًا عندَ آخرين، وهو الأوجَه؛ لأنّ القصْدَ الضّبْطُ، وهو لا ينحَصِرُ في ذلك (الإمامُ ديوانًا) أي دَفْتَرًا اقتداءً بعمرَ رضي الله عنه فإنّه أوّلُ مَنْ وضَعَه لَمّا كثُرَ المسلمون، وهو فارِسيٌّ مُعَرَّبٌ وقيلَ عربيٌّ ويُطْلَقُ على الكُتّابِ لِحِذْقِهم؛ لأنّه بالفارِسيّةِ اسمٌ لِلشيطانِ وعلى مَحَلِّهم (وينصِبُ) نَدْبًا (لِكلِّ قبيلةٍ، أو جَماعةٍ عَرِيفًا) يُعَرِّفُه بأحوالِهم ويَجْمَعُهم عندَ الحاجةِ ورَوَى أبو داوُد وغيرُه «خبرَ العِرافة حَقٌّ ولا بُدَّ لِلنّاسِ منها ولَكِنّ العُرَفاءَ في النّارِ» أي؛ لأنّ الغالِبَ عليهم الجوْرُ فيما تَوَلَّوْا عليه (ويَبْحَثُ) الإمامُ وجوبًا بنفسِه، أو نائِبه الثِّقة (عن حالِ كلِّ واحِدٍ) من المُرْتَزِقة (وعيالِه) وهم مَنْ تَلْزَمُه نفقتُهم (وما يكفيهم فيُعْطيه) ولو غَنيًّا (كِفايتهم) من نفقةٍ وكِسوةٍ وسائِرِ مُؤَنِهم مُراعيًا الزّمَنَ والغلاءَ والرُّخْصَ وعادةَ المحَلِّ والمُروءةَ وغيرَها لا نحوَ علمٍ ونَسَبٍ ليتفرَّغَ للجِهادِ ويَزيدُ مَنْ زاد له عيالٌ ولو زوجةً رابِعةً ويُعْطي لأُمَّهات أولادِه، وإنْ كثُرْنَ كما اقتضاه إطلاقُهم خلافًا لابنِ الرِّفْعةِ هنا؛ لأنّ حملَهُنّ ليس باختيارِه وللأذرَعيِّ في الزوجات لانحِصارِهِنّ ولِعَبيدِ خِدْمَته الذين يحتاجُهم لا لِما زاد على حاجَته إلا إنْ كان لِحاجةِ الجِهادِ ويظهرُ إلحاقُ إمائِه الموطوآت بعَبيدِ الخِدْمةِ فلا يُعْطي إلا لِمَنْ يحتاجُهُنّ لِعِفة أو دَفْعِ ضَرَرٍ ثُمّ يدفَعُ إليه لِزوجَته ووَلَدِه أي وأُصولِه وسائِرِ فُروعِه على الأوجَه الملكُ فيه لهم حاصِلٌ من الفيْءِ وقيلَ يملكُه هو ويَصيرُ إليهم من جهته وقضيّةُ الأوّلِ أنّ الزوجةَ ونحوَ الأبِ الكامِلينِ تُدْفَعُ حِصَّتُهما لهما وغيرُهما لِوَلِيِّهما

وَيُقَدِّمُ في إثْباتِ الاسمِ والإعْطاءِ قُرَيْشًا، وهم ولَدُ النّضْرِ بنِ كِنانةَ. ويُقَدِّمُ منهم بَني هاشِمٍ والمُطَّلِبِ ثم عبدِ شَمسٍ ثم نَوْفَلٍ ثم عبدِ العُزَّى ثم سائِرَ البُطونِ الأقْرَبَ فالأقْرَبَ إلى رَسولِ اللَّه ﷺ ثم الأنصارَ، ثم سائِرَ العرَبِ، ثم العجَمَ ....

والظّاهرُ أنّ ذلك ليس مُرادًا؛ لأنّ الملك، وإنْ كان لهما إلا أنّه بسببه لِيَصْرِفَه في مُقابَلةِ مُؤْنَتِهما عليه فهو ملكٌ مُقَيَّدٌ لا مُطْلَقٌ فتَقَيَّدَ به وحدَه فإنْ قُلْت ما فائِدةُ الخلافِ حينئذٍ قُلْت فائِدَتُه في الحلِفِ والتعليقِ ظاهرةٌ وأمّا في غيرِهما فخَفيّةٌ إذْ لو أعطَى لِمُدّةٍ ماضيةٍ فماتتْ عَقِبَ الإعطاءِ فهل يورَثُ عنها أو طَلُقت حينئذٍ فهل تأخُذُه والظّاهرُ لا لِما تقرّر أنّه في مُقابَلةِ مُؤَنِها عليه أو مُستقبَلةً فهل هو كذلك أو يستَرِدُّ منه حِصَّتَها كلٌّ مُحْتَمَلٌ وما ذُكِرَ من أنّ الأوّلَ أصحُّ هو ما وقَعَ لِشيخِنا في شرحِ مَنْهَجِه تَبَعًا لِغيرِه والذي في الجواهرِ وغيرِها أنّ الأصحَّ الثاني.

وهو الذي يَتَّجِه عندي وعبارَتُهم أنّه يُعْطَى كِفايةَ مُمَوَّنِه أي فيتصَرَّفُ فيها كيف شاءَ صريحةٌ فيه وعبارَتُها أعني الجواهرَ هل نَقولُ مَلَكه ثمّ صُرِفَ إليهم من جهته، أو لا بل الملكُ يحصُلُ لهم أي ابتداءً فيتوَلّى الإمامُ أو مَنصوبُه صَرْفَه إليهم قولانِ أشبَهُهما الأوّلُ وبه قطَعَ بعضُهم ويُؤْخَذُ من قولِه فيتوَلّى الإمامُ أو مَنصوبُه صَرْفَه، الجوابُ عن بعضِ ما ذكَرْته من التّرديدِ فتأمّله وبِتفريعِه على الثاني أنّ الصّرْفَ يكونُ للمُمَوَّنِ المُخالِفِ لِصريحِ المتنِ وغيرِه يَتَّضِحُ ضَعْفُ الثاني ويتبَيَّنُ بعضُ ما تَرَدَّدْنا فيه عليه مِمّا تقرّر فتأمّله (ويُقَدِّمُ) نَدْبًا (في إثبات الاسم) في الدّيوانِ (والإعطاءِ قُرَيْشًا) لِخبرِ الشافعيِّ وغيرِه «قدِّموا قُرَيْشًا ولا تَقَدَّموها» وظاهرُ كلامِهم أنّ مَواليهم ليسوا مثلَهم هنا، وهو ظاهرٌ لِما يأتي قُبَيْلَ فصلِ مَنْ طلب زكاةً.

(وهم ولَدُ النّضرِ بنِ كِنانةَ) بنِ خُزَيْمةَ وقيلَ ولَدُ فِهْرِ بنِ مالِكِ بنِ النّضْرِ ونُقِلَ عن أكثرِ أهلِ العلمِ وقيلَ غيرُ ذلك سُمّوا بذلك لِتَقَرُّشِهم أي تَجَمُّعِهم، أو شِدَّتهم (ويُقَدِّمُ منهم بَني هاشِمٍ) لِشَرَفِهم بكونِه ﷺ منهم (و) بَني (المُطَّلِبِ)؛ لأنّه ﷺ قرَنَهم بهم كما مَرَّ وأفادَت الواوُ أنّه لا ترتيبَ بينهم كذا قيلَ والذي يَتَّجِه خلافُه؛ لأنّ الكلامَ في الأولَويّةِ وظاهرٌ أنّ تقديمَ بَني هاشِمٍ أولى وسيُعْلَمُ من كلامِه أنّه يُقَدِّمُ منهم الأقرَبَ فالأقرَبَ إلى رَسولِ اللّه ﷺ (ثمّ) بَني (عبدِ شَمسٍ)؛ لأنّه شَقيقُ هاشِمٍ (ثمّ) بَني (نَوفَلٍ)؛ لأنّه أخوه لأبيه (ثمّ) بَني (عبدِ العُزَّى)؛ لأنّ خَديجةَ منهم (ثمّ سائِرَ البُطونِ) من قُرَيْشٍ (الأقرَبَ فالأقرَبَ إلى رَسولِ اللّه ﷺ) فبعدَ بَني عبدِ العُزَّى بَني عبدِ الدّارِ ثمّ بَني زُهْرةَ بنِ كِلابٍ أخوالُ النّبيِّ ﷺ ثمّ بَني تَميمٍ؛ لأنّ أبا بكرٍ وعائِشةَ منهم وهَكذا (ثمّ) بعدَ قُرَيْشٍ يُقَدِّمُ (الأنصار) لِآثارِهم الحميدةِ في الإسلامِ وبحث تقديمَ الأوسِ منهم؛ لأنّ منهم أخوالُ عبدِ المُطَّلِبِ جَدِّه ﷺ (ثمّ سائِرَ العرَبِ) ظاهرُه تقديمُ الأنصارِ على مَنْ عدا قُرَيْشًا، وإنْ كان أقرَبَ له ﷺ واستواءُ جميعِ العرَبِ لكن خالف السّرَخْسيُّ في الأوّلِ والماوَرْديُّ في الثاني (ثمّ العجَمَ) مُعتَبِرًا فيهم النّسب كالعرَبِ فإنْ لم يَجْتَمِعوا على نَسَبٍ اعْتُبِرَ ما يَرَوْنَه أشرَفَ فإن استَوَى هنا اثنانِ فكما يأتي

ولا يُثْبِتُ في الدّيوانِ أعْمَى ولا زَمِنًا ولا مَنْ لا يَصْلُحُ للغَزْوِ، ولو مَرِضَ بعضُهم أو جُنّ ورُجِيَ زَوالُه أُعْطِيَ، فإنْ لم يُرْجَ فالأظْهَرُ أنّه يُعْطَى، وكذا زَوْجَتُه وأولادُه إذا ماتَ .....

وذلك؛ لأنّ العرَبَ أقرَبُ منهم إلى رَسولِ اللّه ﷺ وأشرَفُ ومتى استوَى اثنانِ قُربًا قُدِّمَ أسَنُّهما فإن استوَيا سِنًّا فأسبَقُهما إسلامًا ثمّ هِجْرةً كذا ذكرَه الرّافِعيُّ والمعتمدُ ما في الروضةِ أنّه يُقَدِّمُ بالسّبْقِ للإسلامِ ثمّ بالدّين ثمّ بالسِّنِّ ثمّ بالهِجْرةِ ثمّ بالشّجاعةِ ثمّ يتخَيَّرُ الإمامُ واستُشْكِلَ تقديمُ النَّسَبِ على السِّنِّ هنا عكسُ الرّاجِحِ في إمامةِ الصّلاةِ ويُجابُ بأنّ المدارَ هنا على ما به الافْتخارُ بين القبائِلِ وثَمّ على ما يَزِيدُ به الخُشوعُ ونحوُه والسِّنُّ أدْخَلُ في ذلك من النّسَبِ؛ لأنّ الغالِبَ أنّ السِّنّ كلّما زاد كثُرَ الخيرُ ونَقَصَ الشّرُّ قيلَ على أنّ المذكورَ هنا غيرُه ثمّ؛ لأنّ فرضَ ذاك في اجتماعِ أسَنّ غيرِ نَسيبٍ مع نَسيبٍ وهنا في نَسيبَين أحدُهما أسَنُّ والآخرُ أقرَبُ ا هـ.

وفيه نَظَرٌ بل الأسَنُّ في هذه الصّورةِ أيضًا مُقَدَّمٌ ثَمَّ لا هنا والفرقُ ما ذكرْته وفَرَّقَ الزّركشيُّ بأنّ الأقربيّةَ مَلْحوظةٌ هنا كالإرثِ ولهذا فضَّلَ الذّكرَ، وهي لا تختَلِفُ بالسِّنِّ بخلافِها ثَمَّ، وهو يرجعُ لِما ذكرْته بل ما ذكرْته أوضَحُ فتأمّلْهُ. (ولا يُثبِتُ) وجوبًا كما يُصَرِّحُ به كلامُ الروضةِ وغيرِها وكان وجهُه أنّه قد يترَتَّبُ على إثباته مفسَدةٌ كادِّعائِه أنّ مانِعَه إنّما حَدَثَ بعدَ آخِرِ تفرقة للفَيْءِ عليهم بدليلِ إثبات اسمِه قبلُ (في الدّيوانِ) مع المُرْتَزِقة (أعمَى ولا زَمِنًا ولا مَنْ لا يصلحُ للغَزْوِ) لِنحوِ جُبنٍ، أو فقْدِ يَدٍ، أو جَهْلٍ بالقِتالِ وصِفة الإقدامِ لِعَجْزِهم ومَحَلُّه في مُرْتَزِقٍ كذلك أمّا عيالُ مُرْتَزِقٍ بهم ذلك فيُثْبَتون تَبَعًا له كما بحثه الجلالُ البُلْقينيُّ وأفْهَمَ مَنْ لا يصلحُ الأعَمُّ مِمّا قبله جوازَ إثبات أخرسَ وأصَمَّ وكذا أعرَجُ يُقاتلُ فارِسًا وقضيّةُ التعبيرِ في هَؤُلاءِ بالجوازِ وفي أولَئِك بالحرمةِ وجوبُ إثبات الصّالِحِ للغَزْوِ الكامِلِ، وهو الرّجُلُ المسلمُ المُكلَّفُ الحُرُّ البصيرُ الذي ليس به مانِعٌ لأصلِ الغزْوِ ولا لِكمالِه، وهو مُحْتَمَلٌ.

(ولو مَرِضَ بعضُهم، أو جُنّ ورُجِيَ زَوالُه) ولو بعدَ مُدّةٍ طَويلةٍ (أُعطِيَ) وبَقِيَ اسمُه في الدّيوانِ لِئَلّا يرغَبَ النّاسُ عن الجِهادِ (فإنْ لم يُرْجَ فالأظهرُ أنّه يُعْطَى) أيضًا لِذلك لكن يُمْحَى اسمُه من الدّيوانِ أي وجوبًا بناءً على ما تقرّر والذي يُعْطاه كِفايةُ مُمَوِّنِه اللاّئِقة به الآنَ وظاهِرُ كلام ابنِ الرِّفعةِ تفريعًا على المعتمدِ أنّه لا يُشْتَرَطُ مسكنَتُه وجَرى عليه السُّبْكيُّ وقال إنّ النّصَّ يقتضيه (وكذا) يُعْطَى مُمَوَّنُ المُرْتَزِقِ ما يَليقُ بذلك المُمَوَّنِ، وهو (زوجَتُه)، وإنْ تعدَّدَتْ ومُستولَداتُه (وأولادُه)، وإنْ سفَلوا وأُصولُه الذين تَلْزَمُه مُؤْنَتُهم في حياته بشرطِ إسلامِهم كما بحثه الأذرَعيُّ واعتُرِضَ بأنّ ظاهِرَ إطلاقِهم أنّه لا فرقَ ويوَجَّه بأنّه يُغْتَفَرُ في التّابعِ المحضِ ما لا يُغْتَفَرُ في المتبوعِ (إذا مات) وإنْ لم يُرْجَ كونُهم من المُرْتَزِقة بعدُ لِئَلّا يُعْرِضوا عن الجِهادِ إلى الكسبِ لإغْناءِ عيالِهم واستنبَطَ السُّبْكيُّ من هذا أنّ الفقيهَ أو المُعيدَ، أو المُدَرِّسَ إذا مات يُعْطَى مُمَوَّنُه مِمّا كان يأخُذُه ما يقومُ به ترغيبًا في العلمِ فإنْ فضَلَ شيءٌ صُرِفَ لِمَنْ يقومُ بالوظيفة ولا نَظَرَ لاختلالِ الشرطِ فيهم؛ لأنّهم تَبَعٌ لأبيهم المُتَّصِفِ به

فَتُعْطَى الزَّوْجَةُ حتَّى تُنْكَحَ والأولادُ حتّى يَسْتَقِلّوا.
فإنْ فَضَلَت الأخماسُ الأربَعةُ عن حاجاتِ المُرْتَزِقةِ وُزِّعَ عليهم على قدرِ مُؤْنَتِهم، والأصَحُّ أنّه يَجوزُ أنْ يُصْرَفَ بعضُه ....

مُدّةَ فمُدَّتُهم مُغْتَفَرةٌ في جَنْبِ ما مَضى كزَمَنِ البطالةِ والمُمْتَنِعُ إنّما هو تقريرُ مَنْ لا يصلحُ ابتداءً اهـ.

وفَرَّقَ غيرُه بين هذا والمُرْتَزِقِ بأنّ العلمَ محبوبٌ لِلنُّفوسِ لا يَصُدُّ النّاسَ عنه شيءٌ فيوكلُ النّاسُ فيه إلى مَيْلِهم إليه والجِهادُ مَكْروهٌ لِلنُّفوسِ فيحتاجُ النّاسُ في إرْصادِ أنْفُسِهم إليه إلى تألُّفٍ وبأنّ الإعطاءَ من الأموالِ العامّةِ، وهي ما هنا أقربُ من الخاصّةِ كالأوقافِ فلا يلزمُ من التّوَسُّعِ في تلك التّوَسُّعُ في هذه؛ لأنّه مالٌ مُعَيَّنٌ مُتَقَيِّدٌ بتَحْصيلِ مَصْلَحةِ نَشْرِ العلمِ في ذلك المحَلِّ فكيف يُصْرَفُ مع انتفاءِ الشرطِ وقضيّةُ هذا أنّ مُمَوَّنَ العالِمِ يُعْطَوْنَ من مالِ المصالِحِ إلى الاستغْناءِ، وهو مُتَّجِهٌ ثمّ رأيت بعضَهم رجحه أيضًا.

وأنّ الكلام في غيرِ أوقافِ الأتراكِ؛ لأنّها من بيت المالِ فساوَتْ ما هنا ولَعَلَّ هذا مُرادُ السُّبْكيّ ويُؤَيِّدُه قولُ بعضِ المُحَقِّقين إنّما تَوَسَّعَ السُّبْكيُّ ومُعاصِروه ومَنْ قبلَهم في الأوقافِ نَظَرًا لِما في أزْمِنَتِهم من أوقافِ التُّرْكِ إذْ هي من بيت المالِ فمَنْ له فيه شيءٌ يأخُذُه منها، وإنْ لم يوجَدْ فيه شُروطُ واقِفيها ومَنْ لا فلا وإنْ وُجِدَتْ فيه (فتُعْطَى) المُستولَدةُ (والزوجةُ حتى تنكِحَ) أو تَستَغْنيَ بكسبٍ، أو غيرِه فإنْ لم تنكِحْ فإلى الموت، وإنْ رُغِبَ فيها على ما اقتضاه إطلاقُهم (والأولادُ) الذُّكورُ والإناثُ (حتى يستَقِلّوا) أي يستَغْنوا ولو قبلَ البُلوغ بكسبٍ، أو نحوِ وصيّةٍ، أو وقفٍ، أو نِكاحٍ للأنثى، أو جِهادٍ لِلذَّكرِ وكذا بقُدْرَته على الكسبِ إذا بَلَغَ كما هو ظاهرٌ؛ لأنّه بالبُلوغِ صَلُحَ للجِهادِ فإذا تَرَكه وله قُدْرةٌ على الكسبِ لم يُعْطَى ثمّ الخيَرةُ في وقت العطاءِ إلى الإمامِ كجنسِ المُعْطَى نعم، لا يُفَرِّقُ الفُلوسَ.

وإنْ راجَتْ وله إسقاطُ بعضِهم لكن بسببٍ ويُجيبُ مَنْ طلب إثباتَ اسمِه إنْ رَآه أهلًا وفي المالِ سعةٌ ولِبعضِهم إخراجُ نفسِه لِعُذْرٍ مُطْلَقًا ولِغيرِه إلا إن احتجنا إليه ويظهرُ أنّ المُرادَ بالعُذْرِ المُقَدَّمِ على حاجَتنا إليه ما يترَتَّبُ عليه ضَرَرٌ لَنا، أو له أعظَمُ مِمّا يترَتَّبُ على تركِ حاجَتنا إليه.

(فإنْ فضَلَتْ) ضُبِطَ بالتّشْديدِ وكأنّه لِوُقوعِه في خَطِّه وإلا فلا وجهَ لَتعيينِه (الأخماسَ الأربَعةَ عن حاجات المُرْتَزِقة) وقُلْنا بالأظهرِ إنّها لهم خاصّةً ويظهرُ أنّ المُرادَ بحاجاتهم فيما ذُكِرَ ما يحتاجونَه في المُدّةِ المضروبةِ لِلتَّفرِقة عليهم من نحوِ شهرٍ، أو سنةٍ ويُؤَيِّدُه بل يُصَرِّحُ به قولُهم الآتي ومَنْ مات وقولُ المُحَشّي قولُه: ولو قيلَ إلَخ الذي في نُسَخِ الشرحِ التي بأيدينا خلافُه اهـ.

من هامِشٍ من المُرْتَزِقة إلَخ (وُزِّعَ) الفاضِلُ (عليهم) أي المُرْتَزِقة الرِّجالِ دون غيرِهم على ما نَقَله الإمامُ عن فحْوَى كلامِهم (على قدرِ مُؤْنَتهم)؛ لأنّه حَقُّهم وقيلَ على رُءوسِهم بالسّويّةِ (والأصحُّ أنّه يَجوزُ) له (أنْ يَصْرِفَ بعضَه) أي الفاضِلِ لا كلَّه.

في إصْلاحِ الثُّغورِ والسِّلاحِ والكُراعِ هذا حُكْمُ مَنْقولِ الفيْءِ. فأمّا عَقارُه فالمذْهَبُ أنّه يُجْعَلُ وقْفًا، وتُقَسَّمُ غَلَّتُه كذلك.

فَصْلٌ

الغنيمةُ: مالٌ حَصَلَ من كُفّارٍ بِقِتالٍ وإيجافٍ.

(في إصلاحِ الثُّغورِ و) في (السِّلاحِ والكُراعِ)، وهو الخيلُ؛ لأنّه مَعونةٌ لهم وصريحُ كلامِه أنّه لا يَدَّخِرُ من الفيْءِ في بيت المالِ شيئًا ما وجد له مَصْرِفًا ولو نحوَ بناءِ رِباطاتٍ ومَساجِدَ اقتضاها رَأْيُه، وإنْ خافَ نازِلةً، وهو ما نَقَله الإمامُ عن النّصِّ تأسّيًا بأبي بكرٍ وعمرَ رضي الله عنهما فإنْ نزلتْ فعلى أغنياءِ المسلمين القيامُ بها ثمّ نَقَلَ عن المُحقِّقين أنّ له الادّخارَ ولا خلافَ في جوازِ صَرْفِه للمُرْتَزِقة عن السّنةِ القابِلةِ وله صَرْفُ مالِ الفيْءِ في غيرِ مَصْرِفِه وتعويضُ المُرْتَزِقة إذا رَآه مَصْلَحةً (هذا حكمُ منقولِ الفيْءِ فأمّا عَقارُه) من بناءٍ، أو أرضٍ (فالمذهبُ أنّه) لا يَصيرُ وقفًا بنفسِ الحُصولِ، وإنْ نَقَله البُلْقينيُّ عن الإمام عن الأئِمّةِ واعتمده بل الإمامُ مُخَيَّرٌ بين أنّه (يُجْعَلُ وقفًا وتُقْسَمُ غَلَّتُه) في كلِّ سنةٍ مثلًا (كذلك) أي على المُرْتَزِقة بحسبِ حاجاتهم؛ لأنّه أنْفَعُ لهم، أو تُقْسَمُ أعيانُه عليهم، أو يُباعُ ويُقَسَّمُ ثمنُه بينهم واعتمد الأذرَعيُّ المتنَ وحَمَلَ التّخْييرَ المذكورَ وِفاقًا لِلرَّوْضةِ وأصلِها على أنّه لو رَآه إمامٌ مجتهدٌ جازَ وأمّا عمومُه فهو وجهٌ والأخماسُ الأربَعةُ من الخُمْسِ الخامِسِ حكمُها ما مَرَّ بخلافِ الخُمُسِ الخامِسِ الذي للمَصالِحِ فإنّه لا يُقَسَّمُ بل يُباعُ، أو يوقَفُ، وهو أولى ويُصْرَفُ ثمنُه، أو غَلَّتُه فيها ومَنْ مات من المُرْتَزِقة بعدَ جمعِ المالِ وتمامِ الحوْلِ أي المُدّةِ المضروبةِ لِلتَّفْرِقة وعَبَّروا بالحوْلِ؛ لأنّه الأغلَبُ ثمّ رأيتهما صَرَّحا بذلك فقالا وذِكْرُ الحوْلِ مِثالٌ فمثلُه الشّهْرُ ونحوُه فنصيبُه لِوارِثِه أو قبلَ تمامِ الحوْلِ كان لِورثَته قِسطُ المُدّةِ، أو بعدَ الحوْلِ وقبلَ الجمعِ فلا شيءَ لِوارِثِه ولو ضاقَ المالُ عنهم بأنْ لم يَسُدَّ بالتوزيعِ مَسَدًّا بُدِئَ بالأحوَجِ وإلا وُزِّعَ عليهم بنِسبةِ ما كان لهم ويَصيرُ الفاضِلُ دَيْنًا لهم إنْ قُلْنا إنّ مالَ الفيْءِ للمَصالِحِ فإنْ قُلْنا إنّه للجَيْشِ سقَطَ قاله الماوَرْديُّ لكن أطلقَ في الروضةِ أنّ مَنْ عَجَزَ بيتُ المالِ عن إعطائِه بَقِيَ دَيْنًا عليه لا عن ناظِرِه.

فصل في الغنيمةِ وما يَتْبَعُها

(الغنيمةُ: مالٌ) ذُكِرَ للغالِبِ فالاختصاصُ كذلك ولا يُنافيه ما يأتي فيما يُفْعَلُ فيه في الجِهادِ؛ لأنّه مع كونِه غَنيمةً اختصَّ بحكمٍ مُغايِرٍ للمالِ في أخذِه وقِسمَته لِتعذُّرِ إتيانِ أحكامِ المالِ فيه فزَعْمُ شارِحٍ أنّ نحوَ الكِلابِ وجِلْدِ المَيْتةِ غيرُ غَنيمةٍ ليس إطلاقُه في مَحلِّه (حَصَلَ من) مالِكين له (كُفّارٍ) أصليّين حربيّين (بِقِتالٍ وإيجافٍ) لِنحوِ خيلٍ، أو إبِلٍ مِنّا لا من ذِمّيّين فإنّه لهم ولا يُخَمَّسُ والواوُ بمعنى، أو فلا يُرَدُّ المأخوذُ بِقِتالِه الرّجّالةِ وفي السُّفُنِ فإنّه غَنيمةٌ ولا إيجافَ فيه أمّا ما أخذوه من مسلم قهْرًا فيجبُ رَدُّه لِمالِكِه كفِداءِ الأسيرِ يُرَدُّ إليه كذا أطلقوه ويظهرُ أنّ مَحلَّه إنْ كان من مالِه وإلا رُدَّ لِمالِكِه ويحتمِلُ أنّه لا فرقَ؛ لأنّ إعطاءَه عنه يتضَمَّنُ تقديرَ دخولِه في ملكِه نظيرُ ما يأتي فيمَنْ أمهَرَ عن زوجٍ

فَيُقَدَّمُ منه السَّلَبُ للقاتِلِ وَهو ثيابُ القتيلِ والخُفُّ والرّانُ وآلاتُ الحرْبِ كَدِرْعٍ وسِلاحٍ ومَرْكوبٍ ....

طَلَّقَ قبلَ وطْءٍ هل يرجعُ الشَّطْرُ لِلزوجِ أو المُصْدِقِ ويُرَدُّ بأنّا إنّما احتجنا لِلتَّقْديرِ ثَمّ لِضَرورةِ سُقوطِ المهرِ عن ذِمّةِ الزوجِ ولا كذلك هنا؛ لأنّه لا شيءَ في ذِمّةِ الأسيرِ فلا تقديرَ فتعيَّنَ الرَّدُّ هنا للمالِكِ جَزْمًا وأمّا ما حَصَلَ من مُرْتَدّين ففَيْءٌ كما مَرَّ ومن ذِمّيّين يُرَدُّ إليهم وكذا مِمَّنْ لم تبلُغْه الدعوةُ أصلاً أو بالنّسبةِ لِنَبيِّنا ﷺ إنْ تَمَسَّك بدينٍ حَقٍّ وإلا فهو كحربيٍّ على ما قاله الأذرَعيُّ ويَرُدُّه ما يأتي في الدّيات من وجوبِ ديةِ مَجوسيٍّ في قتلِه، وهو صريحٌ في عِصْمَته فالوجه أنّه كالذِّمّيِّ ولا يَرِدُ على التعريفِ خلافًا لِمَنْ زعمَه ما هَرَبوا عنه عندَ الالتقاءِ وقبلَ شهرِ السِّلاحِ وما صالَحونا به، أو أهدَوْه لَنا عندَ القِتالِ فإنّ القِتالَ لَمّا قرُبَ وصار كالمُتَحَقِّقِ الموجودِ صار كأنّه موجودٌ هنا بطَريقِ القوّةِ المُنَزَّلةِ منزلةَ الفعلِ بخلافِ ما تَرَكوه بسببِ حُصولِ نحوِ خيلِنا في دارِهم فإنّه فيْءٌ؛ لأنّه لَمّا لم يقعْ تَلاقٍ لم تقوَ شائِبةُ القِتالِ فيه ويُجابُ عن كونِ البِلادِ المفتوحةِ صُلْحًا غيرَ غَنيمةٍ بأنّ خُروجَهم عن المالِ لَنا بالكلّيّةِ صَيَّرَه في حَوْزَتنا لا شائِبةَ لهم فيه بوجهٍ بخلافِ البِلادِ فإنّ يَدَهم باقيةٌ عليها ولو بغيرِ الوجه الذي كان قبلَ الصُّلْحِ فلم يتحَقَّقْ معنى الغنيمةِ فيها ومَرَّ في تعريفِ الفيْءِ عَمّا له تعلُّقٌ بذلك (فيُقَدَّمُ منه) أي من أصلِ المالِ (السَّلَبُ) بفتحِ اللّامِ (للقاتلِ) المسلم ولو نحوَ صَبيٍّ وقِنٍّ، وإنْ لم يُشْتَرَطْ له، وإنْ كان المقتولُ نحوَ قريبه، وإنْ لم يُقاتِلْ كما اقتضاه إطْلاقُهم، أو نحوَ امرأةٍ، أو صَبيٍّ إنْ قاتَلا ولو أعرَضَ عنه للخبرِ المُتَّفقِ عليه «مَنْ قتل قتيلاً له عليه بَيِّنةٌ فله سلبُه»[1] نعم، القاتلُ المسلمُ القِنُّ لِذِمّيٍّ لا يستحِقُّه، وإنْ خرج بإذْنِ الإمامِ وكذا نحوُ مُخَذِّلٍ وعَيْنٍ.

(تنبيهٌ) قولُه ﷺ «مَنْ قتل قتيلاً»[2] مُشْكِلٌ إذِ القتيلُ كيف يُقْتَلُ فهو من مَجازِ الأوّلِ، وهو ظاهرٌ قيلَ ويصحُّ كونُه حَقيقة باعتبارِ أنّه قتيلٌ بهذا القتلِ لا بقتلٍ سابِقٍ ونظيرُه جوابُ المُتَكلِّمين عن المُغالَطةِ المشهورةِ أنّ إيجادَ المعدومِ مُحالٌ؛ لأنّ الإيجادَ إنْ كان حالَ العدمِ فهو جمعٌ بين النّقيضَين، أو حالَ الوجودِ فهو تَحْصيلُ الحاصِلِ بأنّا نَخْتارُ الثانيَ والإيجادُ للموجودِ إنّما هو بوجودٍ مُقارِنٍ لا مُتَقَدِّمٍ فليس فيه تَحْصيلٌ للحاصِلِ.

(وهو ثيابُ القتيلِ) التي عليه (والخُفُّ والرّانُ)، وهو خُفٌّ طَويلٌ لا قدَمَ له يُلْبَسُ لِلسّاقِ (وآلاتُ الحربِ كدِرْعٍ)، وهو المُسَمَّى بالزَّرْديّةِ واللّامةِ (وسِلاحٍ) قضيّتُه أنّ الدِّرْعَ غيرُ سِلاحٍ، وهو كذلك وقد يُطْلَقُ عليه وقَيَّدَ الإمامُ السِّلاحَ بما لم يَزِدْ على العادةِ، وهو مُحْتَمَلٌ (ومَرْكوبٍ) ولو بالقوّةِ كأنْ قاتَلَ راجِلاً وعِنانُه بيَدِه مثلاً وظاهرُ كلامِهم هنا أنّه لا يكفي إمساكُ غُلامِه له حينئذٍ، وإنْ نزل لِحاجةٍ

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٢٩٧٣]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٧٥١]، وغيرهما من حديث: أبي قتادة رضي الله عنه.

(٢) [صحيح] وهو جزء من الحديث الذي قبله.

وسَرْجٍ ولِجامٍ وكذا سِوارٌ ومنطَقةٌ وخاتَمٌ، ونَفَقةٌ معه وجَنيبةٌ تُقادُ معه في الأظْهَرِ، لا حَقيبةٌ مَشْدودةٌ على الفرَسِ على المذْهَبِ. وإنّما يَسْتَحِقُّ بِرُكوبِ غَرَرٍ يَكْفي به شَرَّ كافِرٍ في حالِ الحرْبِ، فلو رَمَى من حِصْنٍ أو مِن الصّفِّ أو قَتَلَ نائِمًا أو أسيرًا أو قَتَلَه وقد انْهزَمَ الكُفّارُ فلا سَلَبَ، ....

وعليه يُفَرِّقُ بينه وبين ما قاله في الجنيبة بأنّها تابعةٌ لِمَرْكوبه فاكتُفِيَ بإقادةِ غيرِه ولا كذلك هذا (وسَرْجٌ ولِجامٌ) ومِقْوَدٌ ومِهْمازٌ ولِثُبوت يَدِه على ذلك لأجلِ القِتالِ حِسًّا (وكذا سِوارٌ ومنطَقة) وهِمْيانٌ بما فيه وطَوْقٌ (وخاتَمٌ ونفقةٌ معه وجَنيبةٌ) فرَسٍ، أو غيرِه ولو من غيرِ جنسِ مَرْكوبه كراكِبِ فرَسٍ معه نحوُ ناقة، أو بَغْلٍ جَنيبٍ فيما يظهرُ لا أكثرُ من واحدةٍ ولا ولَدُ مَرْكوبةٍ والخيَرةُ في واحدٍ من الجنائِبِ للمُستَحِقِّ (تُقادُ)، وإنْ لم يَقُدْها هو على المعتمدِ (معه) أمامَه أو خَلْفَه، أو بجَنْبه فقولُهما في المُحَرَّرِ والروضةِ وأصلِها بين يَدَيْه مِثالٌ ويُلْحَقُ بها على الأوجَه سِلاحٌ مع غُلامِه يحمِلُه له ويُفَرَّقُ بينه وبين ما مَرَّ في المرْكوبِ الذي مع غُلامِه بأنّ ذاك يُستَغْنَى عنه كثيرًا بخلافِ سِلاحِه، وإنْ تعدَّدَ فكأنّه لم يُفارِقْه (في الأظهرِ) لاتِّصالِ هذه الأشياءِ به مع احتياجِه للجَنيبةِ (لا حَقيبةٌ مَشْدودةٌ على الفرَسِ) وما فيها من نَقْدٍ ومَتاعٍ (على المذهبِ) لانفِصالِها وعن فرَسِه مع عدمِ الاحتياجِ إليها، وإنْ أطالَ جمعٌ في الانتصارِ لِدخولِها نعم، لو جعلها وِقايةً لِظهرِه اتُّجه دخولُها.

(وإنّما يستحِقُّ) القاتلُ السّلَبَ (بِرُكوبِ غَرَرٍ يكفي به) أي الرُّكوبِ، أو الغرَرِ المسلمين (شَرَّ كافِرٍ) أصليٍّ مُقْبِلٍ على القِتالِ (في حالِ الحربِ) كأنْ أغرى به كلْبًا، أو أعجميًّا يعتقدُ وجوبَ طاعَته ووَقَفَ في مُقابَلَته حتى قتَله بمُغَرّاه؛ لأنّه خاطَرَ بروحِه حيثُ صَبَرَ في مُقابَلَته حتى عَقره الكلْبُ قاله القاضي، وهو صريحٌ في رَدِّ إلحاقِ ابنِ الرِّفعةِ إغْراءَه له، وهو في نحوِ حِصْنٍ؛ لأنّه هنا لم يُخاطِرْ بشيءٍ أصلًا وفي أنّ المُرادَ أنّه وقَفَ قريبًا من الكلْبِ حتى قتَله وحينئذٍ فمُقابَلَتُه تَصِحُّ بالموَحَّدةِ نَظَرًا لِقُربه المذكورِ وبالفوقيّةِ نَظَرًا لِمُقاتَلَته الكلْبَ الذي هو آلةٌ للكافِرِ فتعيينُ الأذْرَعيِّ الثانيَ بَعيدٌ (فلو رُمِيَ من حِصْنٍ أو من الصّفِّ، أو قُتِلَ نائِمًا)، أو غافِلًا، أو مَشْغولًا، أو نحوَ شيخٍ هَرِمٍ (أو أسيرًا) لِغيرِه وإلا فسيأتي (أو قتَله وقد انهزَمَ الكُفّارُ) بالكلّيّةِ بخلافِ ما إذا تَحَيَّزوا، أو قصَدوا نحوَ خَديعةٍ لِبَقاءِ القِتالِ ويظهرُ فيما لو انهزَمَ واحدٌ فتَبِعَه حتى قتَله مُرْتَكِبًا الغرَرَ فيه أنّ له سلَبَه، وإنْ بَعُدَ عن الجيْشِ وانقطَعَتْ نِسبَتُه عنه بخلافِ المُنْهَزِمِ بانهِزام جَيْشِه لانْدِفاعِ شَرِّه ثمّ رأيت الماوَرْديَّ قال إنْ قتَله وقد ولّى عن الحربِ تارِكًا لها فلا سلَبَ له إلا إنْ فرَّ؛ لأنّ الحربَ كرٌّ وفَرٌّ والإمامُ قال المُنْهَزِمُ مَنْ فارَقَ المعتَرَكَ مُصِرًّا لا مَنْ تَرَدَّدَ بين الميْسَرةِ والميْمَنةِ (فلا سلَبَ) لِعدمِ التّغْريرِ بالنّفْسِ الذي جُعِلَ له السّلَبُ في مُقابَلَته ولو أثْخَنَه واحدٌ وقَتَله آخرُ فهو للمُثْخِنِ لِما يأتي فإنْ لم يُثْخِنْه فلِلثّاني، أو أمسَكه واحدٌ ولم يمنعْه الهرَبَ فقَتَله آخرُ فلَهما فإنْ مَنَعَه فهو الآسِرُ ولو كان أحدُهما لا سلَبَ له كمُخَذِّلٍ كان ما يَثْبُتُ له لولا المانِعُ غَنيمةً وعبارةُ أصلِه مَنْ وراءَ الصّفِّ فحَذَفَ وراءَ لإيهامِها وفُهِمَ

وكِفايةُ شَرِّه أنْ يُزيلَ امتناعَه بأنْ يَفقأَ عَيْنَيْه أو يَقْطَعَ يَدَيْه ورِجْلَيْه. وكذا لو أَسَرَه أو قَطَعَ يَدَيْه أو رِجْلَيْه في الأظْهَر. وَلا يُخَمَّسُ السّلَبُ على المشْهورِ. وَبعد السّلَبِ تُخْرَجُ مُؤْنَةُ الحِفْظِ والنّقْلِ وغيرِهما، ثُمَّ يُخَمَّسُ الباقي فَخُمُسُه لأهلِ خُمُسِ الفيْءِ يُقَسَّمُ كما سَبَقَ. والأَصَحُّ أنّ النّفَلَ يكون من خُمُسِ الخُمُسِ المُرْصَدِ للمَصالِحِ إنْ نَفَلَ مِمّا سَيُغْنَمُ في هذا القِتالِ، ويَجوزُ أنْ يُنَفِّلَ من مالِ المصالِحِ الحاصِلِ عندَه، ....

صورَتُها مِمّا ذكرَه بالأولى وقولُ السُّبْكيّ إنّ هذا حَسَنٌ لِمَنْ لم يَلْتَزِم في الاختصارِ الإتيانَ بمعنى الأصلِ من غيرِ تَغْييرٍ وإلا لم يَجُزْ عجيبٌ إذْ من شَأنِ المختَصِرِ تَغْييرُ ما أوهَمَ سيَّما إنْ كان فيما أتى به زيادةُ مسألةٍ على أنّ المُصَنِّفَ التزَمَ التّغْييرَ في خُطْبَته فما قاله السُّبْكيُّ لا يُلاقي صَنيعَه أصلاً (**وكِفايةُ شَرِّه أنْ يُزيلَ امتناعَه بأنْ يَفقَأَ**) يعني يُزيلَ ضَوْءَ (**عَينَيْه**) أو العينَ الباقيةَ له (**أو يقطَعَ يدَيْه ورِجليه**)؛ لأنّه ﷺ «**أعطى سلَبَ أبي جَهْلٍ لَعنه اللّه لِمُثخِنَيْه ابنَيْ عَفراءَ دون قاتلِه ابنِ مسعودٍ** رضي الله عنه» (**وكذا لو أسَرَه**) فقتَلَه الإمامُ، أو مَنّ عليه، أو أرَقَّه، أو فداه نعم، لا حَقَّ له في رَقَبَته وفِدائِه؛ لأنّ اسمَ السّلَبِ لا يقعُ عليهما (**أو قطَعَ يَدَيْه، أو رِجليه**)، أو قطَعَ يَدًا أو رِجْلاً (**في الأظهرِ**)؛ لأنّه أزالَ أعظَمَ امتناعِه وفرضُ بَقائِه مع هذا، أو ما قبله نادِرٌ.

(**ولا يُخَمَّسُ السّلَبُ على المشهورِ**) لِلاتّباعِ صَحَّحه ابنُ حِبّانَ (**وبعدَ السّلَبِ يُخرَجُ**) من رَأسِ مالِ الغنيمةِ حيثُ لا مُتَطَوِّعَ (**مُؤْنةُ الحِفْظِ والنّقلِ وغيرِهما**) من المُؤَنِ اللّازمةِ للحاجةِ إليها ولا يَجوزُ له إخراجُها وثَمَّ مُتَطَوِّعٌ ولا بأكثرَ من أُجْرةِ المثلِ؛ لأنّه كوَليِّ اليتيم (**ثم يُخَمَّسُ الباقي**)، وإنْ شَرَطَ عليهم عدمَ تخميسِه فيُجْعَلُ خمسةَ أقسامٍ مُتَساويةً ويُكْتَبُ على رُقْعةٍ لِلّه أو للمَصالِحِ وعلى أربعةٍ للغانِمين وتُدْرَجُ في بَنادِقَ ويُقْرَعُ فما خرجَ لِلّه جُعِلَ خُمُسُه للخمسةِ السّابِقين في الفَيْءِ كما قال (**فخُمُسُه لأهلِ خُمُسِ الفيْءِ يُقَسَّمُ كما سبَقَ**) والأربَعةُ الباقيةُ للغانِمين وتَقَدَّمَ قِسمَتُها بينهم لِحُضورِهم ويُكْرَه تأخيرُها لِدارِنا بل يحرُمُ إنْ طَلَبوا تعجيلها ولو بلِسانِ الحالِ كما بحثه الأذرَعيُّ وأفْهَمَ المتنُ أنّه لا يصحُّ شرطُ الإمامِ مَنْ غَنِمَ شيئًا فهو له وفي قولٍ يصحُّ وعليه الأئِمّةُ الثلاثةُ.

(**والأصحُّ أنّ النفَلَ**) بفتحِ الفاءِ وإسكانِها (**يكونُ من خُمُسِ الخُمُسِ المُرْصَدِ للمَصالِحِ**)؛ لأنّه المأثورُ كما جاءَ عن ابنِ المُسَيِّبِ وإنّما يَجْري هذا الخلافُ (**إنْ نَفَلَ**) بالتّخْفيفِ مُعَدًّى لِواحِدٍ، وهو ما أُثِرَ عن حَطِّه والتّشْديدُ مُعَدًّى لاثنين أي جُعِلَ النّفَلُ بأنْ شَرَطَ الثُّلُثَ مثلاً (**مِمّا سيُغْنَمُ في هذا القِتالِ**) وغيرِه ويُغْتَفَرُ الجهْلُ للحاجةِ وأفْهَمت السّينُ امتناعَ التنفيلِ مع الجهْلِ بالقدرِ مِمّا غَنِمَ، وهو كذلك بخلافِ ما إذا علم كما قال:

(**ويَجوزُ أنْ يُنفِلَ من مالِ المصالِحِ الحاصِلِ عندَه**) في بيت المالِ ويجبُ تعيينُ قدرِه إذْ لا حاجةَ لاغتفارِ الجهْلِ حينئذٍ وما اقتضاه كلامُ المتنِ من تخييرِه بين الخُمُسِ ومالِ المصالِحِ يُحْمَلُ على ما إذا لم يظهرْ له أنّ أحدَهما أصلَحُ وإلا لزِمَه فعلُه.

والنَّفَلُ زيادةٌ يَشْتَرِطُها الإمامُ أو الأميرُ لِمَنْ يَفْعَلُ ما فيه نِكايةَ الكُفّارِ ويَجْتَهِدُ في قدرِه، والأَخْماسُ الأربعةُ عَقارُها ومَنْقولُها للغانِمينَ. وَهم مَنْ حَضَرَ الوقْعةَ بنيّةِ القِتالِ وإنْ لم يُقاتِلْ. وَلا شَيْءَ لِمَنْ حَضَرَ بعد انْقِضاءِ القِتالِ، وفيما قبلَ حيازةِ المالِ وجْهٌ. ولو ماتَ بعضُهم بعد انْقِضائِه والحيازةِ فَحَقُّه لِوارِثِه وكذا بعد الانْقِضاءِ ....

(والنّفَلُ زيادةٌ) على سهْمِ الغنيمةِ (يشرِطُها الإمامُ أو الأميرُ) عندَ الحاجةِ لا مُطْلَقًا (لِمَنْ يفعَلُ) ولو غيرَ مُعيَّنٍ (ما فيه نِكايةٌ في الكُفّارِ) زائِدةٌ على نِكايةِ الجيْشِ كدَلالةٍ على قلْعةٍ وتَجسُّسٍ وحِفْظِ مَكْمَنٍ سواءٌ استَحَقَّ سلَبًا أم لا ولِلنّفْلِ قِسمٌ آخرُ، وهو أنْ يَزيدَ الإمامُ مَنْ صَدَرَ منه أثَرٌ محمودٌ في الحربِ كبِرازٍ وحُسنِ إقدامٍ، وهو سهْمُ المصالِحِ الذي عندَه، أو من هذه الغنيمةِ (ويَجتَهِدُ) الإمامُ، أو الأميرُ (في قدرِه) بحسبِ قِلّةِ العمَلِ وخطرِه وضِدِّهما.

(والأخماسُ الأربَعةُ) أي الباقي منها بعدَ السّلَبِ والمُؤَنِ (عَقارُها ومنقولُها للغانِمين) للآيةِ وفعلِه ﷺ (وهم مَن حَضَرَ الوقعةَ) يعني قبلَ الفتحِ ولو بعدَ الإشرافِ عليه (بنيّةِ القِتالِ) مِمَّنْ يُسهَمُ له كما قيَّدَ به شارِحٌ، وهو غيرُ مُحتاجٍ إليه؛ لأنّ مَنْ يُرْضَخُ له من جُمْلةِ الغانِمين كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي ثمّ رأيت السُّبْكيَّ صرّح بذلك والمُخذِّلُ والمُرْجِفُ لا نيّةَ لهما صحيحةٌ في القِتالِ.

فلا يَردانِ خلافًا لِبعضِهم (وإنْ لم يُقاتِلْ)، أو قاتَلَ، وإنْ حَضَرَ بنيّةٍ أخرى لِقولِ أبي بكرٍ وعمرَ رضي الله عنهما إنّما الغنيمةُ لِمَنْ شَهِدَ الوقعةَ ولا مُخالِفَ لهما من الصّحابةِ؛ ولأنّ القصْدَ تَهيُّؤُه للجِهادِ؛ ولأنّ الغالِبَ أنّ الحُضورَ يَجُرُّ إليه؛ ولأنّ فيه تَكْثيرَ سوادٍ للمسلمين فعُلِمَ أنّه لو هَرَبَ أسيرٌ من كُفّارٍ فحَضَرَ بنيّةِ خَلاصِ نفسِه دون القِتالِ لم يستَحِقَّ إلا إنْ قاتَلَ لكن إنْ كان من غيرِ هذا الجيْشِ وإلا استَحَقَّ على الأوجَه ولو انهزَمَ حاضِرٌ غيرُ مُتَحرِّفٍ ولا مُتَحيِّزٍ لِقَريبةٍ لم يستَحِقَّ شيئًا مِمّا غُنِمَ في غَيْبَته ولا يَرِدُ خلافًا لِمَنْ زعمَه؛ لأنّ انهزامَه أبطَلَ نيّةَ القِتالِ فإنْ عادَ، أو حَضَرَ شَخْصٌ الوقعةَ في الأثناءِ لم يستَحِقَّ إلا مِمّا غُنِمَ بعدَ حُضورِه ويُصَدَّقُ مُتَحرِّفٌ لِقِتالٍ أو مُتَحيِّزٌ لِفِئةٍ قريبةٍ بيَمينِه إنْ عادَ قبلَ انقضاءِ الحربِ فيُشارِكُ في الجميعِ والسّرايا المبْعوثةِ من دارِ الحربِ لِكونِ الباعِثِ بها شُرَكاءَ فيما غَنِمَه كلُّ الجيْشِ، وإن اختلفت الجِهةُ وفَحُشَ البُعْدُ بينهم أمّا المبْعوثةُ من دارِنا فلا يُشارِكون إلا إنْ تعاوَنوا واتَّحَدَ أميرُهم والجِهةُ إذْ لا يكونون كجَيْشٍ واحدٍ إلا فيما ذكروا ويَلْحَقُ بكلٍّ جاسوسُها وحارِسُها وكمينُها ولا يَرِدُ واحدٌ من هَؤُلاءِ على كلامِه خلافًا لِمَنْ زعمَه أيضًا؛ لأنّهم في حكمِ الحاضِرينَ.

(ولا شيءَ لِمَنْ حَضَرَ بعدَ انقضاءِ القِتالِ) لِما مَرَّ (وفيما) لو حَضَرَ (قبلَ حيازةِ المالِ) جميعِه وبعدَ انقضاءِ الوقعةِ (وجهٌ) أنّه يُعْطَى؛ لأنّه لَحِقَ قبلَ تمامِ الاستيلاءِ والأصحُّ المنْعُ؛ لأنّه لم يشهَدْ شيئًا من الوقعةِ (ولو مات بعضُهم بعدَ انقضائِه والحيازةِ فحَقُّه) أي حَقُّ تَمَلُّكِه لِما سيُذْكَرُ أنّ الغنيمةَ لا تُمْلَكُ إلا بالقِسمةِ أو اختيارِ التّمَلُّكِ (لِوارِثِه) كسائرِ الحُقوقِ (وكذا) لو مات بعضُهم (بعدَ الانقضاءِ) للقِتالِ

وقبلَ الحيازةِ في الأَصَحِّ. ولو ماتَ في القِتالِ فالمذْهَبُ أنّه لا شَيْءَ له. والأَظْهَرُ أنّ الأَجيرَ لِسياسةِ الدّوابِّ وحِفْظِ الأمتِعةِ، والتّاجِرَ والمُحْتَرِفَ يُسْهَمُ لهم إذا قاتَلوا. وَلِلرّاجِلِ سَهْمٌ، وللفارِسِ ثَلاثةٌ. وَلا يُعْطَى إلّا لِفَرَسٍ واحِدٍ عَرَبِيًّا كان أو غيرَه، لا لِبَعيرٍ وغيرِهِ.

(وقبلَ الحيازةِ في الأصحِّ) لِوجودِ المقتضي لِلتَّمَلُّكِ، وهو انقضاءُ القِتالِ **(ولو مات في)** أثناءِ **(القِتالِ)** قبلَ حيازةِ شيءٍ **(فالمذهبُ أنّه لا شيءَ له)** فلا حَقَّ لِوارِثِه في شيءٍ، أو بعدَ حيازةِ شيءٍ فله حِصَّتُه منه وفارَقَ استحْقاقُه لِسَهْمِ فرَسِه الذي مات، أو خرج عن ملكِه في الأثناءِ ولو قبلَ الحيازةِ بأنّه أصلٌ والفرَسُ تابعٌ فجازَ بَقاءُ سهْمِه للمتبوعِ ومَرَضُه وجُرْحُه في الأثناءِ لا يمنعُ استحْقاقَه، وإنْ لم يُرْجَ بُرْأُه. والجُنونُ والإغماءُ كالموت. **(والأظهرُ أنّ الأجيرَ)** إجارةَ عَيْنٍ **(لِسياسةِ الدّوابِّ وحِفْظِ الأمتعةِ والتّاجِرَ والمُحْتَرِفَ)** كالخيّاطِ **(يُسهمُ لهم إذا قاتَلوا)**؛ لأنّهم أولى مِمَّنْ حَضَرَ بنيّةِ القِتالِ ولم يُقاتِلْ أمّا أجيرُ الذِّمّةِ فيستَحِقُّ جَزْمًا إنْ قاتَلَ، أو نَوَى القِتالَ كتاجِرٍ نَوَى القِتالَ وأجيرُ الجِهادِ المسلمُ لا سهْمَ له ولا رَضْخَ ولا أُجْرةَ لَبُطْلانِ الإجارةِ له مع إعراضِه عن القِتالِ بالإجارةِ المُنافيةِ له وبهذا يُفَرَّقُ بينه وبين نحوِ التِّجارةِ؛ لأنّها لا تُنافيه ومن ثَمَّ أثَّرَتْ نيّةُ القِتالِ معها كما تقرّر.

(ولِلرّاجِلِ سهْمٌ وللفارِسِ) وإنْ غُصِبَ الفرَسُ لكن من غيرِ حاضِرٍ وإلا فلِذيه كما لو ضاعَ فرَسُه في الحربِ فوَجَدَه آخرُ فقاتَلَ عليه فيُسهَمُ لِمالِكِه **(ثلاثةٌ)** واحدٌ له واثنانِ لِفَرَسِه لِلاتِّباعِ رَواه الشيخانِ، وإنْ لم يُقاتِلْ عليه بأنْ كان معه، أو بقُربه مُتَهَيِّئًا لِذلك ولَكِنّه قاتَلَ راجِلًا، أو في سفينةٍ بقُربِ السّاحِلِ واحتَمَلَ أنْ يخرُجَ ويركبَ؛ لأنّه قد يحتاجُ إليها ولو حَضَرا بفَرَسٍ مشترَكٍ أُعْطيا سهْمَه شَرِكةً بينهما فإنْ رَكِباها وكان فيها قوّةُ الكرِّ والفرِّ بهما أُعْطَيا أربَعةَ أسهُم سهْمانِ لهما وسَهْمانِ للفَرَسِ وإلا فسَهْمانِ لهما فقط نعم، ينبغي أنّ لها الرّضْخَ كما لا غِناءَ فيه ولَو غَزا نحوُ صِبْيانٌ وعَبيدٌ ونِساءٌ قسَّمَ بينهم ما عدا الخُمُسَ بحسبِ ما يقتضيه الرّأيُ من تَساوٍ وتفضيلٍ ما لم يحضُرْ معهم كامِلٌ وإلا فلَهم الرّضْخُ وله الباقي وقضيّةُ ما تقرّر أنّ الذِّمّيّين لو حَضَروا مع مسلم كان لهم بعدَ الخُمُسِ الرّضْخُ والباقي للمسلم وبه يُصَرِّحُ قولُ الروضةِ وأمّا إذا كان مع أهلِ الرّضْخِ واحدٌ من أهلِ الكمالِ فتعبيرُه بأهلِ الرّضْخِ هنا يُفيدُ أنّ ذِكْرَه قبله العبيدَ والنّساءَ والصِّبْيانَ لِلتَّمْثيلِ لا لِلتَّقْييدِ وبهذا تَبَيَّنَ أنّ الأصحَّ من وجهَين في النّهايةِ لم يُرَجِّح ابنُ الرِّفعةِ وغيرُه منهما شيئًا فيما غَنِمَه مسلمٌ وذِمّيٌّ كامِلانِ أنّه يُخَمَّسُ الكلُّ ثمّ لِلذِّمّيِّ الرّضْخُ لا غيرُ ويوَجَّه بأنّ كونَه تابِعًا للمسلم أولى من كونِه مُساوِيًا له **(ولا يُعْطَى)** مَنْ معه أكثرُ من فرَسٍ **(إلا لِفَرَسٍ واحِدٍ)** لِلاتِّباع **(عربيًا كان، أو غيرَه)** كبِرْذَوْنٍ، وهو ما أبواه أعجميّانِ وهَجينٍ، وهو ما أبوه عربيٌّ فقط ويُطْلَقُ أيضًا على اللّئيم وعربيٌّ أُمُّه أمةٌ ومُقْرِفٍ، وهو عكسُه ويُطْلَقُ على غيرِ الفرَسِ أيضًا ففي القاموسِ المُقْرِفُ كمُحْسِنٍ ما يُداني الهُجْنةَ أي أُمُّه عربيّةٌ لا أبوه؛ لأنّ الإقرافَ من قِبَلِ الفحْلِ والهُجْنةَ من قِبَلِ الأُمِّ وذلك لِصلاحِ الكلِّ للكرِّ والفرِّ وتَفاوُتُها فيه كتَفاوُتِ الرِّجالِ **(لا لِبَعيرٍ وغيرِه)** كفيلٍ وبَغْلٍ إذْ لا تصلُحُ صلاحيةَ الخيلِ نعم، يُرْضِخُ لها ولا يَبْلُغُ

وَلا يُعْطَى لِفَرَسٍ أَعْجَفَ وما لا غَناءَ فيه، وفي قولٍ يُعْطَى إنْ لم يُعْلم نَهْيُ الأميرِ عن إحْضارِهِ. والعبْدُ والصّبيُّ والمرْأةُ والذِّمّيُّ إذا حَضَروا فَلهم الرَّضْخُ وهو دونَ سَهْمٍ يَجْتَهِدُ الإمامُ في قدرِهِ. وَمَحِلُّه الأَخْماسُ الأَربَعةُ في الأَظْهَرِ.
قُلْتُ: إنّما يَرْضَخُ لِذِمّيٍّ حَضَرَ بلا أُجرةٍ، وبِإِذْنِ الإمامِ على الصّحيحِ، واللّٰه أعْلمُ.

بها سهْمَ فرَسٍ ويُفاوِتُ بينها وأعلاها الفيلُ فالبعيرُ قيلَ إلا الهجين فيُقَدَّمُ على الفيلِ وفيه نَظَرٌ فالبغْلُ فالحِمارُ على الأوجَه (ولا يُعْطَى لِفَرَسٍ) لا نفعَ فيه كصَغيرٍ، وهو ما لم يَبْلُغْ سنةً و(أعجَف) أي مهزولٍ وألْحَقَ به الأذرَعيُّ الحرون والجموحَ (وما لا غَناءَ) بفتحِ المُعْجَمةِ والمدِّ أي نفعَ (فيه) لِنحوِ كِبَرٍ وهَرَمٍ لِعدمِ فائِدَته (وفي قولٍ يُعْطي إنْ لم يعلم نَهْيَ الأميرِ عن إحضارِه) كالشيخِ الهرِمِ وفُرِّقَ الأوّلُ بأنّ هذا يُنْتَفَعُ برَأْيِه ودُعائِه والكلامُ في السّهْمِ أمّا الرّضْخُ فيُعْطَى له أي ما لم يعلم النّهيَ عن إحضارِه فيما يظهرُ إذْ لا يُدْخِلُ الأميرُ دارَ الحربِ إلاّ فرَسًا كامِلاً ولا يُؤَثِّرُ طُروُّ عُجْفِه ومَرَضِه وجُرْحِه أثناءَ القِتالِ كما عُلِمَ بالأولى مِمّا مَرَّ في موته (والعبدَ والصّبيّ) والمجنون ولو غيرَ مُمَيِّزين (والمرأة) ومثلُها الخُنْثَى ما لم تَبن ذُكورَتُه والأعمَى والزّمِنَ وفاقِدَ الأطرافِ والتّاجِرَ والمُحْتَرِفَ إذا لم يُقاتلا ولا نَوَيا القِتالَ وقد يُشْكِلُ الزّمِنُ بالشيخِ الهرِمِ إلا أنْ يُفَرَّقَ بأنّ من شَأْنِ الزّمِنِ نَقْصَ رَأْيِه بخلافِ الهرِمِ الكامِلِ العقلِ (والذِّمّيّ) وأُلْحِقَ به مُعاهِدٌ ومُستأمَنٌ وحربيٌّ بشرطِهم الآتي (إذا حَضَروا) ولو بغيرِ إِذْنِ سيِّدٍ وزوجٍ ووَليٍّ (فلَهم) إنْ كان فيهم نفعٌ ولم يكن للمسلمِ منهم سلَبٌ (الرّضْخُ) وجوبًا لِلاتّباعِ في ذلك وما للْقِنِّ لِسيِّدِه وتَرَدَّدوا في المُبَعَّضِ ورجح الأذرَعيُّ وغيرُه أنّه كالقِنِّ والدّميريُّ وغيرُه أنّه إنْ كانت مُهاياَةً وحَضَرَ في نَوْبَته أسهَمَ له وإلا رَضَخَ؛ لأنّ الغنيمةَ من بابِ الاكتسابِ والزّركشيُّ أنّه إنْ كانت صَرَفَ له في نَوْبَته وإلا قسَمَ له بقدرِ حُرِّيَّته وأرضَخَ لِسيِّدِه بقدرِ رِقِّه والذي يَتَّجِه فيه أنّه كالقِنِّ لِنَقْصِه فيكونُ الرّضْخُ بينه وبين سيِّدِه ما لم تكن مُهاياَةً ويحضُرُ في نَوْبَته فيكونُ الرّضْخُ له وكونُ الغنيمةِ اكتسابًا لا يقتضي إلحاقَه بالأحرارِ في أنّه يُسهِمُ له؛ لأنّ السّهْمَ إنّما يكونُ للكامِلين، وهو ليس كذلك (وهو دون سهم يَجْتَهِدُ الإمامُ في قدرِه)؛ لأنّه لم يَرِدْ فيه تَحْديدٌ ويُفاوِتُ بين مُستَحِقّيه بحسبِ تَفاوُت نفعِهم ولا يَبْلُغُ برَضْخِ راجِلٍ أو فارِسٍ سهْمَ راجِلٍ ويظهرُ في رَضْخِ الفرَسِ أنّه لا يَبْلُغُ به سهْمَي الفرَسِ الكامِلِ، وإنْ بَلَغَ سهْمُ الفارِسِ اعتبارَ الكلِّ بجنسِه (ومَحَلُّه الأخماسُ الأربَعةُ في الأظهرِ)؛ لأنّه سهْمٌ من الغنيمةِ بسببِ استحْقاقِه حُضورَ الوقعةِ (قُلت إنّما يرضَخُ لِذِمّيّ) ومَنْ أُلْحِقَ به (حَضَرَ بلا أُجرةٍ) ولو بجَعالةٍ وإلا فلا شيءَ له غيرَها جَزْمًا، وإنْ زادتْ على سهْمِ راجِلٍ وجازَت الاستعانةُ به (وبِإِذْنِ الإمام) أو الأميرِ (على الصّحيح) وإلا فلا شيءَ له بل يُعَزِّرُه إنْ رَأى ذلك لِتعدّيه (واللّه أعلمُ) وباختيارِه وإلا فإنْ أكرَهَه الإمامُ، أو الأميرُ على الحُضورِ فله أُجرةُ مثلِه ولو زالَ نَقْصُ ذي الرّضْخِ بنحوِ إسلامٍ وعتقٍ وبُلوغٍ أثناءَ القِتالِ أسهَمَ لهم ولو مِمّا حيزَ قبلَ زَوالِ نَقْصِه فيما يظهرُ، أو بعدَه فلا ولو قبلَ الحِيازةِ فيما يظهرُ ثمّ رأيت كلامَ الروضةِ مُصرِّحًا بذلك.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب قَسْمِ الصّدَقاتِ

الفقيرُ مَنْ لا مالَ له ولا كَسْبَ يَقَعُ مَوْقِعًا منَ حاجَتِه، ....

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ قسمِ الصّدَقات

أي الزّكوات لِمُستَحِقّيها وجمعِها باختلافِ أنواعِها سُمّيَتْ بذلك لإشعارِها بصِدْقِ باذِلِها ولِشُمولِها لِلنّفلِ وضْعًا ذكرَه في فصلِ آخِرَ البابِ ورَتَّبَهم على ما يأتي مُخالِفًا لِمَنِ ابتَدَأَ بالعامِلِ لِتَقَدُّمِه في القسمِ لِكونِه يأخُذُه عِوَضًا تأسّيًا بالآيةِ المُشارِ فيها فاللاّمُ الملكِ في الأربَعةِ الأوَلِ إلى إطلاقِ ملكِهم وتَصَرُّفِهم وبِفي الظّرْفيّةِ في الأربَعةِ الأخيرةِ إلى تقييدِه بالصّرْفِ فيما أُعطَوْا لأجلِه وإلا استَرَدَّ على ما يأتي وبِواوِ الجمعِ لِيُفيدَ اشتراكهم على السّواءِ فلا يَجوزُ حِرْمانُ بعضِهم ولا إعطاؤُه أقَلَّ من الثُّمُنِ على ما يأتي أيضًا وأمّا قولُ المُخالِفِ القصْدُ مُجَرَّدُ بَيانِ المصْرِفِ فيَجوزُ دَفْعُ المالِكِ زكاتَه لِصِنفٍ بل لِواحِدٍ منه كفَقيرٍ فهو مُخالِفٌ لِقاعِدةِ اللّغةِ فيحتاجُ لِدليلٍ إذْ ما لا عُرْفَ لِلشّارِعِ فيه يجبُ حملُه على اللُّغةِ ومِمّا يُصَرِّحُ بما قُلْناه الاتّفاقُ في نحوِ الوصيّةِ، أو الوقفِ، أو النّذْرِ أو الإقرارِ لِزَيْدٍ وعمرٍو وبكرٍ بشيءٍ على أنّه يُصْرَفُ إليهم على السّواءِ وذكرَ أكثرُ الأصحابِ كالمختَصَرِ هذا هنا؛ لأنّه كسابِقيه يَجْمَعُه الإمامُ ويُفَرِّقُه وأقَلُّهم كالأُمِّ آخِرَ الزّكاةِ لِتعلُّقِه بها ومن ثَمَّ كان أنسب وجَرى عليه في الروضةِ.

(**الفقيرُ مَنْ لا مالَ له**) قيلَ هذا مُلْفِتٌ فإنّه لم يذكرْ ما يربطُه ا هـ وليس في مَحَلِّه لِبناءِ زَعْمِ التّلَفُّت على زَعْمِ أنّه لم يذكرْ رابِطًا فإنْ أرادَ الرّبْطَ النّحْويَّ فليس هنا ما يُحتاجُ إليه فيه أو المعنويَّ فهو مذكورٌ بل مُتَكرِّرٌ في كلامِه الآتي وبِفرضِ أنّه لم يذكرْ ما يأتي من أنّ هَؤُلاءِ الأصنافِ الثمانيةِ هم المُستَحِقّون لهذه الصّدَقات لم يكن مُفْلِتًا؛ لأنّ دَلالةَ السّياقِ مُحْكمةٌ، وهي قاضيةٌ عندَ مَنْ له أدْنى ذَوْقٍ بأنّ المُرادَ قِسمَتُها لِمُستَحِقّيها، وأنّهم المُبَيَّنون في كلامِه (**ولا كسبَ**) حَلالٌ لائِقٌ به (**يقعُ**) جميعُهما، أو مجموعُهما (**موقِعًا من حاجَته**) من مَطْعَمٍ ومَلْبَسٍ ومسكنٍ وسائِرِ ما لا بُدَّ منه لِنفسِه ومُمَوَّنِه الذي تَلْزَمُه مُؤْنَتُه لا غيرُه وإن اقتضت العادةُ إنْفاقَه خلافًا لِبعضِهم وكأنّه تَوَهَّمَه من كلام السُّبْكيّ الآتي رَدُّه على ما يَليقُ به وبهم من غيرِ إسرافٍ ولا تقتيرٍ كمَنْ يحتاجُ عَشَرةً ولا يَجِدُ إلاّ دِرْهَمَين وقال المحامِليُّ إلا ثلاثةً والقاضي إلا أربَعةً واعتُرِضَ بأنّه يقعُ موقِعًا وقضيّةُ الحدِّ أنّ الكسوبَ غيرُ فقيرٍ، وإنْ لم يَكْتَسِبْ، وهو كذلك هنا وفي الحجِّ في بعضِ صوَرِه كما مَرَّ وفيمَنْ تَلْزَمُه نفقةُ فرعِه بخلافِه في الأصلِ المُنْفَقِ عليه لِحرمَته كما يأتي إنْ وُجِدَ مَنْ يستعمِلُه وقَدَرَ عليه

ولا يَمنَعُ الفقْرَ مَسْكَنُه وثيابُه ....

أي: بأنْ لم يكن عليه فيه مَشَقة لا تُحْتَمَلُ عادةً فيما يظهرُ وحَلَّ له تعاطيه ولاقَ به كما يأتي وإلا أُعْطيَ، وأنّ ذا المالِ الذي عليه قدرُه، أو أقَلُّ بقدرٍ لا يُخْرِجُه عن الفقْرِ ولو حالاً على المعتمدِ غيرَ فقيرٍ أيضًا فلا يُعْطَى من سهْمِ الفُقَراءِ حتى يَصْرِفَ ما معه في الدّين، ونِزاعُ الرّافِعيِّ فيه النّاشِئُ عن تَناقُضٍ حُكيَ عنه هنا وفي العَتقِ بأنّه ينبغي أنْ لا يُعْتَبَرَ كما مَنَعَ وجوبَ نفقةِ القريبِ وزكاةَ الفطرِ مَرْدودٌ بأنّ في مَنْعِه للفطرِ تَناقُضًا مَرَّ أي وعلى المنْعِ ثَمَّ يُفَرَّقُ بأنّ تلك مواساةٌ في مُقابَلةِ طُهْرةُ البدَنِ، وهو ليس من أهلِها لِتعلُّقِ الدّين بذِمَّته وما هنا مَلْحَظُه الاحتياجُ، وهو قبلَ صَرْفِ ما بيَدِه غيرُ مُحْتاجٍ، وبأنّ نفقةَ القريبِ تجبُ مع الدّين كما ذكروه في الفلَسِ فوجوبُ الزّكاةِ فيه ونفقةُ القريبِ معه يقتضيانِ الغِنَى ثمّ هذا الحدُّ لِفَقيرِ الزّكاةِ لا فقيرِ العرايا والعاقِلةِ ونفقةِ المُمَوَّنِ وغيرِهم مِمّا هو معلومٌ في مَحالِّه ومَنْ له عَقارٌ ينقُصُ دَخْلُه عن كِفايَته فقيرٌ، أو مِسكينٌ بناءً على ما يأتي أنّه يُعْطَى كِفايةَ العُمْرِ الغالِبِ نعم، إنْ كان نَفيسًا ولو باعَه حَصَلَ به ما يكفيه دَخْلُه لَزِمَه بيعُه على الأوجَه (ولا يمنعُ الفقْرَ) والمسكنةَ كما يأتي (مسكنُه) الذي يحتاجُه ولاقَ به، وإن اعتادَ السّكنَ بالأُجْرةِ بخلافِ ما لو نزل في موقوفٍ يستَحِقُّه على الأوجَه فيهما؛ لأنّ هذا كالمالِكِ بخلافِ ذاك ويتَرَدَّدُ النّظَرُ في مَكْفيّةٍ بإسكانِ زوجِها هل تُكلَّفُ بيعَ دارِها فيما لم يَكْفِها الزوجُ إيّاه؛ لأنّها مُستَغْنيةٌ عنه الآنَ كالسّاكِنِ بالموقوفِ، أو يُفَرَّقُ بأنّ النّاظِرَ لا يقدِرُ على إخراجِه.

والزوجَ يقدِرُ على طلاقِها متى شاءَ كلٌّ مُحْتَمَلٌ والثاني أقرَبُ ويُفَرَّقُ بينه وبين ما مَرَّ في نظيرِه في الحجِّ بأنّه يُنْظَرُ فيه للحاجةِ الرّاهِنةِ دون المُستقبَلةِ بدليلِ أنّه يُكلَّفُ بيعَ ضَيْعَته ورَأسَ مالِه بخلافِه هنا بدليلِ النّظَرِ لِلسّنةِ أو العُمْرِ الغالِبِ (وثيابُه) ولو لِلتّجَمُّلِ بها في بعضِ أيّامِ السّنةِ، وإنْ تعدَّدَتْ إنْ لاقت به أيضًا على الأوجَه خلافًا لَما يوهِمُه كلامُ السُّبْكيّ ويُؤْخَذُ من ذلك صِحّةُ إفتاءِ بعضِهم بأنّ حُليَّ المرأةِ اللّائِقَ بها المُحْتاجةَ لِلتّزَيُّنِ به عادةً لا يمنعُ فقْرَها وقِنّه المُحْتاجَ لِخِدْمَته ولو لِمُروءَته لكن إن اختلَّتْ مُروءَتُه بخِدْمَته لِنفسِه، أو شَقَّتْ عليه مَشَقة لا تُحْتَمَلُ عادةً وكُتُبَه التي يحتاجُها ولو نادِرًا لِعلمٍ شرعيٍّ، أو آلةٍ له كتَواريخِ المُحَدِّثين، وأشعارِ نحوِ اللُّغَويّين ولو مَرّةً في السّنةِ، أو كطِبٍّ، أو وعْظٍ لِنفسِه، أو غيرِه ولو تكرَّرَتْ عندَه كُتُبٌ من فنٍّ واحدٍ بَقيَتْ كلُّها لِمُدَرِّسٍ والمبْسوطُ لِغيرِه فيَبيعُ الموجَزَ إلا إنْ كان فيه ما ليس في المبْسوطِ فيما يظهرُ، أو نُسَخٌ من كِتابٍ بَقيَ له الأصحُّ لا الأحسَنُ فإنْ كانت إحدَى النُّسخَتَين كبيرةَ الحجْم، والأخرى صَغيرَته بَقيَتا لِمُدَرِّسٍ؛ لأنّه يحتاجُ لِحملِ هذه إلى دَرْسِه وغيرِه يبقى له أصحُّهما كما مَرَّ وآلةُ المُحْتَرِفِ كخيلِ جُنْديٍّ مُرْتَزِقٍ وسِلاحِه إنْ لم يُعْطِه الإمامُ بَدَلَهما من بيت المالِ كما هو ظاهرٌ ومُتَطَوِّعٍ احتاجَهما وتعيَّنَ عليه الجِهادُ نظيرَ ما مَرَّ في المُفلِسِ. مع ما يأتي مَجيئُه هنا مِمّا مَرَّ عن السُّبْكيّ وغيرِه بقَيْدِه ومن تفصيلِ المُصْحَفِ وثمنِ ما ذُكِرَ ما دامَ معه يُمْنَعُ إعطاؤُه بالفقْرِ حتى يَصْرِفَه فيه.

ومالُه الغائِبُ في مَرْحَلَتَيْنِ، والمُؤَجَّلُ وكَسْبٌ لا يَليقُ بِهِ. ولو اشْتَغَلَ بعِلْمٍ والكسْبُ يَمنَعُه فَفَقيرٌ. ولو اشْتَغَلَ بالنّوافِلِ فلا. وَلا يُشْتَرَطُ فيه الزّمانةُ ولا التَّعَفُّفُ عَن المسْألةِ على الجديدِ. والمكْفيُّ بنَفَقةِ قَريبٍ أو زَوْجٍ ليس فَقيرًا في الأَصَحِّ.

(تنبيهٌ) قضيّةُ قولِهم أيّامَ السّنةِ ولو مَرّةً في السّنةِ أنّه لو كان يحتاجُ لِبعضِ الثّيابِ، أو الكُتُبِ في كلِّ سنَتَين مَرّةً مثلًا لا يَبْقَيانِ له، وهو مُشْكِلٌ فلَعَلَّ هذا مَبنيٌّ على إعطاءِ السّنةِ، وقولُنا الآتي في بَحْثِ المِسكينِ والمعتمدُ إلى آخِره صريحٌ فيه.

(ومالُه الغائِبِ في مَرْحَلَتَين) أو الحاضِرِ وقد حيلَ بينه وبينه (و) مالُه (المُؤَجَّلُ)؛ لأنّه مُعْسِرٌ الآنَ فيهما، وإنْ نازع في الأولى جمعٌ فيأخُذُ حتى يَصِله، أو يَحِلَّ ما لم يَجِدْ مَنْ يُقرِضُه على الأوجَه؛ لأنّه غَنيٌّ فلا نَظَرَ لاحتمالِ تَلَفِهِما فتبقَى ذِمّتُه مُعلَّقة (وكسبٌ لا يَليقُ به) شرعًا، أو عُرْفًا لِحرمَته، أو لإخلالِه بمُروءَته؛ لأنّه حينئذٍ كالعدمِ كما لو لم يَجِدْ مَنْ يستعمِلُه إلا مَنْ مالُه حرامٌ أي: أو فيه شُبهةٌ قويّةٌ فيما يظهرُ، وأفتى الغزاليُّ بأنّ أربابَ البُيوت الذين لم تجرِ عادَتُهم بالكسبِ لهم الأخذُ وكلامُهم يشمَلُه لَكِنّه قال في الإحياءِ إنّ ترك الشّريفِ نحوَ النّسجِ والخياطةِ عندَ الحاجةِ حَماقة ورُعونةُ نفسٍ، وأخذَه الأوساخَ عندَ قُدرَته أذهبُ لِمُروءَته ا هـ فإنْ أرادَ بذلك إرْشادَه للأكمَلِ من الكسبِ فواضِحٌ، أو مَنْعَه من الأخذِ فالأوجَه الأوّلُ حيثُ أخلَّ الكسبُ بمُروءَته عُرْفًا، وإنْ كان ناسِخًا لِكُتُبِ العلم.

(ولو اشتَغَلَ) بحِفظِ قُرآنٍ، أو (بعلم) شرعيٍّ ومنه بل أهَمُّه في حَقِّ مَنْ لم يُرْزَقْ قلْبًا سليمًا علمُ الباطِنِ المُطَهِّرُ لِلنّفْسِ عن أخلاقِها الرّديئةِ، أو آلةٍ له وأمكنَ عادةً أنْ يتأتّى منه تَحصيلٌ فيه ويُلْحَقُ بذلك الاشتغالُ بالصّلاةِ على الجنائزِ بجامِعِ أنّه فرضُ كِفايةٍ أيضًا، وقولُه بالنّوافِلِ يُفْهِمُه (والكسبُ) الذي يُحْسِنُه (يمنعُه) من أصلِه، أو كمالِه (فـ) هو (فقيرٌ) فيُعْطَى ويُتْرَكُ الكسبُ لِتعدّي نفعِه وعمومِه (ولو اشتَغَلَ بالنّوافِلِ) من صلاةٍ وغيرِها وقولُ بعضِهم المُطْلَقة غيرُ صحيحٍ بل لو فُرِضَ تعارُضُ راتبةٍ وكسبٍ يكفيه كلِّفَ الكسبَ كما يُعْلَمُ من العِلّةِ الآتيةِ (فلا) يُعطَى شيئًا من الزّكاةِ من سهمِ الفُقَراءِ، وإن استَغْرَقَ بذلك جميعَ وقته خلافًا للقفّالِ؛ لأنّ نفعَه قاصِرٌ عليه سواءٌ الصّوفيُّ وغيرُه نعم، لو نَذَرَ صومَ الدّهْرِ وانعَقَدَ نذرُه ومَنَعَه صومُه عن كسبه أُعْطيَ على الأوجَه لِلضّرورةِ حينئذٍ كما لو احتاجَ لِلنّكاحِ ولا شيءَ معه فيُعْطَى ما يَصْرِفُه فيه (ولا يُشتَرَطُ فيه) أي: الفقيرِ (الزمانةُ) بالفتحِ وفُسِّرَتْ بالعاهةِ وبما يُقْعِدُ الإنسانَ، وظاهرٌ أنّ المُرادَ بها هنا ما يمنعُ الكسبَ من مَرَضٍ ونحوِه (ولا التّعفُّفُ عن المسألةِ على الجديدِ) فيهما لِصِدْقِ اسم الفقْرِ مع ذلك ولِظاهرِ الإخبارُ؛ ولأنّه ﷺ أعطَى القويَّ والسّائِلَ وضِدَّهما كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي أوّلَ الفصلِ الآتي.

(والمُكْفَى بنفقةِ قريبٍ) أصلٌ، أو فرعٌ (أو زوجٍ ليس فقيرًا) ولا مِسكينًا (في الأصحِّ) لاستغْنائِه وللمُنْفِقِ وغيرِه الصّرْفُ إليه بغيرِ الفقْرِ والمسكنةِ نعم، لا يُعْطي المُنْفِقُ قريبَه من سهمِ المُؤَلَّفة ما

والمِسْكينُ: مَنْ قَدَرَ على مالٍ أو كَسْبٍ يَقَعُ مَوْقِعًا من كِفايَتِه ولا يَكْفيه.

يُغْنيه عنه؛ لأنّه بذلك يُسقِطُ النّفَقة عن نفسِه ولا ابنَ السّبيلِ إلا ما زاد بسببِ السّفَرِ وبِأحدِهما بالنّسبةِ لِكِفايةِ نحوِ قِنِّ الآخِذِ مِمَّنْ لا يلزمُ المُزَكّيَ إنفاقُه ولو سقَطَتْ نفقتُها بنُشوزٍ لم تُعْطَ لِقُدْرَتِها على النّفَقة حالاً بالطّاعةِ، ومن ثَمَّ لو سافَرَتْ بلا إذْنٍ، أو معه ومَنَعَها أُعْطيت من سهْمِ الفُقَراءِ، أو المساكينِ حيثُ لم تقدِرْ على العودِ حالاً.

لِعُذْرِها وكذا من سهْمِ ابنِ السّبيلِ إذا تَرَكت السّفَرَ وعَزَمت على الرُّجوعِ لانتهاءِ المعصيةِ قيلَ: قولُ أصلِه لا يُعْطَيانِ من سهْمِ الفُقَراءِ أصوَبُ؛ لأنّ القريبَ فقيرٌ لِصِدْقِ الحدِّ عليه؛ لَكِنّه إنّما لم يُعْطَ لِكونِه في معنى القادِرِ بالكسْبِ وأمّا المكْفيّةُ بنفقةِ الزوجِ فغَنيّةٌ قطعًا بما تملِكُه في ذِمّته ا هـ، وهو ممنوعٌ بل الوجه ما سلَكه المُصَنِّفُ؛ لأنّ صَنيعَ أصلِه يوهِمُ أنّ الحدَّ غيرُ مانِعٍ بالنّسبةِ للقَريبِ لِما قرَّرَه المعترِضُ أنّه فقيرٌ ولا يُعْطَى، وليس كذلك بل هو غيرُ فقيرٍ؛ لأنّ قُدْرةَ بعضِه كقُدْرَته لِتنزيلِه منزلَتَه فما سلَكه المُصَنِّفُ فيه أدَقُّ وأصوَبُ، وأفْهَمَ قولُه: المُكفَّي أنّ الكلامَ في زوجٍ موسِرٍ، أمّا مُعْسِرٌ لا يكفي فتأخُذُ تمامَ كِفايَتِها بالفقْرِ، ويُؤْخَذُ منه أنّ مَنْ لا يكفيها ما وجَبَ لها على الموسِرِ لِكونِها أكولةً تأخُذُ تمامَ كِفايَتِها بالفقْرِ ولو منه فيما يظهرُ، وأنّ الغائِبَ زوجُها، ولا مالَ له ثَمَّ تقدِرُ على التّوَصُّلِ إليه، وعَجَزَتْ عن الاقتراضِ تأخُذُ، وهو مُتَّجَهٌ ثُمّ رأيت الغزاليَّ والمُصَنِّفَ في فتاويه وغيرَهما ذكروا ما يوافِقُ ذلك من أنّ الزوجَ، أو البعضَ لو أعسَرَ، أو غابَ ولم يَتْرُكْ مُنفِقًا ولا مالاً يُمْكِنُ الوُصولُ إليه أُعْطيت الزوجةُ والقريبُ بالفقْرِ، أو المسكنةِ والمعتدّةُ التي لها النّفَقة كالتي في العِصْمةِ ويُسَنُّ لها أنْ تُعْطيَ زوجَها من زكاتِها ولو بالفقْرِ، وإنْ أنْفَقَها عليها خلافًا للقاضي لِحديثِ زَيْنَبَ زوجةِ ابنِ مسعودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا في البُخاريِّ[1] وغيرِه، (والمِسكينُ مَنْ قدَرَ على مالٍ، أو كسبٍ) حَلالٍ لائِقٍ به (يقع موقِعًا من كِفايَته) وكِفايةِ مُمَوَّنِه من مَطْعَمٍ وغيرِه مِمّا مَرَّ (ولا يكفيه) كمَنْ يحتاجُ عَشَرةً فيَجِدُ ثمانيةً، أو سبعةً، وإنْ مَلَك نِصابًا، أو نُصُبًا ومن ثَمَّ قال في: الإحياءِ قد يملكُ ألفًا، وهو فقيرٌ، وقد لا يملكُ إلا فأسًا وحَبْلًا، وهو غَنيٌّ ولا يمنعُ المسكنةَ المسكنُ، وما معه مِمّا مَرَّ مَبْسوطًا، والمعتمدُ أنّ المُرادَ بالكِفايةِ هنا، وفيما مَرَّ كِفايةُ العُمْرِ الغالِبِ لا سنةً فحَسبُ نظيرَ ما يأتي في الإعطاءِ خلافًا لِمَنْ فرَّقَ، ولا يُقالُ: يلزمُ على ذلك أخْذُ أكثرِ الأغنياءِ، بل المُلوكِ من الزّكاةِ؛ لأنّ مَنْ معه مالٌ يكفيه رِبْحُه، أو عَقارٌ يكفيه دَخْلُه غَنيٌّ، والأغنياءُ غالِبُهم كذلك فضْلاً عن المُلوكِ فلا يلزمُ ما ذكَرَه.

(تنبية) عُلِمَ مِمّا تقرّر أنّ الفقيرَ أسوأُ حالاً من المِسكينِ وعَكَسَ أبو حَنيفة ورُدَّ بأنّه ﷺ استعاذَ من الفقْرِ وسَأَلَ المسكنةَ بقولِه: «اللّهُمّ أحيِني مِسكينًا»[2] الحديثَ ولا رَدَّ فيه؛ لأنّ الفقْرَ المُستعاذَ منه

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ١٣٩٣]، وغيره من حديث: أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.
(٢) [حسن] أخرجه: الترمذي في (الجامع) [رقم/ ٢٣٥٢]، وغيره من حديث: أنس بن مالك رضي الله عنه.
قلتُ: حديث حسن. ينظر: (السلسلة الصحيحة) للألباني [رقم/ ٣٠٨].

والعامِلُ ساعٍ وكاتِبٌ وقاسِمٌ وحاشِرٌ يَجْمَعُ ذَوي الأموالِ، لا القاضي والوالي.
والمُؤَلَّفةُ مَنْ أسْلمَ ونيَّتُه ضَعيفةٌ أو له شَرَفٌ يُتَوَقَّعُ بإعْطائِه إسْلامُ غيرِه، والمذْهَبُ أنّهم يُعْطَوْنَ مِن الزّكاةِ.

فقرُ القلْبِ، والمسكنةَ والمسئولةَ سُكونُه وتَواضُعُه وطُمأنينَتُه على أنّ حديثَها ضعيفٌ، ومُعارَضٌ بما رويَ أنّه ﷺ استعاذَ منها، لكن أُجيبَ بأنّه إنّما استعاذَ من فتنتها كما استعاذَ من فتنتَي الفقْرِ والغِنَى دون وصْفَيْهِما؛ لأنّهما تعاوَراه فكان خاتمةَ أمرِه غَنيًّا بما أفاءَ اللّه عليه وإنّما الذي يَرِدُ عليه ما نَقَله في المجموعِ عن خَلائِقَ من أهلِ اللُّغةِ. مثلَ ما قُلْناهُ.

(والعامِلُ) المُستَحِقُّ لِلزَّكاةِ بأنْ فرَّقَ الإمامُ، أو نائِبُه ولم يَجْعَلْ له أُجْرةً من بيت المالِ هو (ساعٍ) يُجبيُها (وكاتبٌ) ما وصَلَ من ذَوي الأموالِ وما عليهم وحاسِبٌ (وقاسِمٌ وحاشِرٌ)، وهو الذي (يَجْمَعُ ذَوي الأموالِ) أو السُّهْمانِ وحافِظٌ وعَريفٌ، وهو كالنّقيبِ للقَبيلةِ ومُشِدٌّ احتيجَ إليه وكيّالٌ ووَزّانٌ وعَدّادٌ يُمَيِّزُ بين الأصنافِ (لا) الذي يُمَيِّزُ نصيبَ المُستَحِقّين من مالِ المالِكِ بل أُجْرَتُه عليه، ولا نحوُ راعٍ وحافِظٍ بعدَ قبضِ الإمامِ لها، بل أُجْرَتُه من أصلِ الزّكاةِ لا من خُصوصِ سهْمِ العامِلِ ولا (القاضي والوالي) على الإقليمِ إذا قاما بذلك بل يرزُقُهما الإمامُ من خُمُسِ الخُمُسِ المُرْصَدِ للمَصالِحِ؛ لأنّ علمَهما عامٌّ، وقَضيّةُ المتنِ دخولُ قبضِ الزّكاةِ وصَرْفِها في عمومِ وِلايةِ القاضي، وهو كذلك كما نَقَله الرّافِعيُّ عن الهرَويِّ، وأقَرَّه إلا أنْ ينصِبَ لها مُتَكلِّمًا خاصًّا، وبحث جوازَ أخذِه من سهْمِ الغارِمِ إذا استَدانَ للإصلاحِ، ومن سهْمِ الغازي المُتَطَوِّعِ، ومن سهْمِ المُؤَلَّفِ الغيرِ الضّعيفِ النّيّةِ؛ لأنّ هذا لا تَصِحُّ توليَتُه القضاءَ، وظاهرٌ أنّه إذا مَنَعَ حَقَّه في بيت المالِ جازَ له الأخذُ بنحوِ الفقْرِ، والغُرْمِ مُطْلَقًا وسيأتي في الرِّشْوةِ أنّ غيرَ السُّبْكيِّ بحث القطعَ بجوازِ أخذِه لِلزَّكاةِ، (والمُؤَلَّفة مَنْ أسلَمَ، ونيَّتُه ضعيفة) في أهلِ الإسلامِ، أو في الإسلامِ نفسِه بناءً على ما عليه أئِمَّتُنا كأكثرِ العُلَماءِ أنّ الإيمانَ أي: التّصْديقَ نفسَه يَزيدُ وينقُصُ كثمرَته، فيُعْطَى ولو امرَأةً ليتقَوّى إيمانُه (أو مَنْ نيَّتُه قويّةٌ لكن (له شَرَفٌ) بحيثُ (يُتَوَقَّعُ بإعطائِه إسلامُ غيرِه) ولو امرَأةً (والمذهبُ أنّهم يُعْطَوْنَ من الزّكاةِ) لِنصِّ الآيةِ عليهم، فلو حُرِموا أُلْزِمَ أنْ لا محمَلَ لها، ودعوَى أنّ اللّهَ أعَزَّ الإسلامَ عن التّألُّفِ بالمالِ إنّما تَتَوَجَّه فيمَنْ لا نصَّ فيه على أنّها إنّما تُتَّجه رَدًّا لِقولِ مَنْ قال: إنّ مُؤَلَّفة الكُفّارِ يُعْطَوْنَ من غيرِ الزّكاةِ لَعَلَّهم يُسلِمون، وعندَنا لا يُعْطَوْنَ منها قطعًا ولا من غيرِها على الأصحِّ، وبهذا المأخوذِ من المجموعِ، وغيرِه يندَفِعُ ما أوهَمَه كلامُ شيخِنا من حِكايةِ الإجماعِ على عدمِ إعطائِهم حتى من غيرِها وإرادةُ الإجماعِ المذهبيِّ بَعيدةٌ جِدًّا، ومن المُؤَلَّفة أيضًا مَنْ يُقاتِلُ، أو يُخَوِّفُ مانِعي الزّكاةِ حتى يحمِلَها منهم إلى الإمامِ، ومَنْ يُقاتِلُ مَنْ يَليه من الكُفّارِ، أو البُغاةِ فيُعْطَيانِ إنْ كان إعطاؤُهما أسهَلَ من بَعْثِ جَيْشٍ وحذَفَهما؛ لأنّ الأوّلَ في معنى العامِلِ.

والثانيَ في معنى الغازي، وظاهرُ قولِه الآتي وإلا فالقِسمةُ على سبعةٍ أنّ المُؤَلَّفَ بأقسامِه يُعْطَى،

والرِّقابُ المُكاتَبونَ. والغارِمُ إن استَدانَ لِنفسِه في غيرِ مَعْصيةٍ أُعْطيَ.

وإنْ قسَمَ المالِكُ، وهو كذلك كما في الروضةِ وغيرِها خلافًا لِجمعٍ مُتأخِّرين، وجزم شيخُنا في شرحِ المنْهَجِ بما قالوه يُناقِضُه قولُه: بعدُ قُبَيْلَ الفصلِ الثاني والمُؤَلَّفة يُعْطيها الإمامُ أو المالِكُ ما يَراه نعم، اشتراطُ أنّ للإمامِ دَخْلًا في الأخيرَين مُتَّجِهٌ لِتعلُّقِهِما بالمصالِحِ العامّةِ الرّاجِعِ أمرُها إليه بخلافِ الأوّلينِ لِسُهولةِ معرفةِ المالِكِ لِضَعْفِ النِّيّةِ، أو الشّرَفِ فلا وجهَ لِتَوَقُّفِ إعطائِهِما على نَظَرِ الإمامِ، ثمّ اشتراطُ جمعٍ في إعطاءِ الأربَعةِ الاحتياجَ إليهم فيه نَظَرٌ بالنِّسبةِ للأوّلينِ أيضًا، وكفَى بالضّعْفِ والشّرَفِ حاجةً وكذا الأخيرانِ فإنّ اشتراطَ كونِ إعطائِهِما أسهَلَ من بَعْثِ جَيْشٍ يُغْني عن اشتراطِ الاحتياجِ إليهِما.

(والرِّقابُ المُكاتَبون) كما فسَّرَ بهم الآيةَ أكثرُ العُلَماءِ وقال مالِكٌ وأحمَدُ: هم أرِقّاءُ يُشْتَرَوْنَ ويُعْتقون، وشرطُهم صحّةُ كِتابَتِهم كما سيذْكرُه فخرج مَنْ عُلِّقَ عتقُه بإعطاءِ مالٍ فإنْ عَتَقَ بما اقترَضَه وأدّاه فهو غارِمٌ، وأنْ لا يكون معهم وفاءٌ بالنُّجوم، وإنْ قدَروا على الكسبِ لا حُلولِ النّجْم توسيعًا لِطُرُقِ العتقِ لِتَشَوُّفِ الشّارِعِ إليه، وبه فارَقَ الغارِمَ، ولا إذْنَ لِلسَّيِّدِ في الإعطاءِ، وإذا صَحَّحْنا كِتابةَ بعضِ قِنٍّ كأنْ أوصَى بكِتابةِ عبدٍ فعجَزَ الثُّلُثُ عن كلِّه لم يُعْطَ، وقيلَ: إنْ كانت مُهاياةً أُعطيَ في نَوْبَته وإلا فلا واستَحْسَناه ولا يُعْطي مُكاتَبَه من زكاته ويستَرِدُّ منه إنْ رُقَّ، أو أُعتقَ بغيرِ المُعْطي في غيرِ ما يأتي في التنبيه الآتي. نعم، ما أتْلَفَه قبلَ العتقِ بغيرِ المُعْطي لا يَغْرَمُ بَدَله؛ لأنّه حالَ إتلافِه كان ملكه، وإنّما مُنِعَ من إنْفاقِه في غيرِ العتقِ، وإنْ كان له كسبٌ لكن قبلَ كسبِ ما عليه لا بعدَه ليقوَى ظَنُّ حُصولِه المُتَشَوِّفِ إليه الشّارِعُ، (والغارِمُ) المدينُ ومنه كما مَرَّ مُكاتَبٌ استَدانَ لِلنُّجومِ وعَتَقَ ثمّ (إن استَدانَ لِنفسِه) أي: لِغَرَضِها الأخرَويِّ والدُّنْيَويِّ (في غيرِ معصيةٍ أُعْطيَ) وإنْ صَرَفَه فيها، ولو لم يَتُبْ إذا عُلِمَ قصْدُه الإباحةَ، أو لا لَكِنّا لا نُصَدِّقُه فيه أي: بل لا بُدَّ من بَيِّنةٍ، فإنْ قُلْت: من أين علِمُها بذلك قُلْت: لها أنْ تعتَمِدَ القرائِنَ المُفيدةَ له كالإعسارِ أو استَدانَ لِمعصيةٍ يعني أو لَزِمَ ذِمَّتَه دَيْنٌ بسببٍ عَصَى به، وقد صَرَفَه فيها كأن اشترى خمرًا في ذِمَّته كذا ذكرَه الرّافِعيُّ، وهو مُشْكِلٌ؛ لأنه إذا اشتراها، وأتْلَفَها لا يلزمُ ذِمَّتَه شيءٌ إلا أنْ يُحمَلَ على كافِرٍ اشتراها، وقبضها في الكُفْرِ ثمّ أسلَمَ، فيستَقِرُّ بَدَلُها في ذِمَّته، أو يُرادُ من ذلك أنّه استَدانَ شيئًا بقَصْدِ صَرْفِه في تَحْصيلِ خمرٍ، وصَرَفَه فيها فالاستدانةُ بهذا القصْدِ معصيةٌ، وكأنْ أتْلَفَ مالَ غيرِه عمدًا، أو أسرَفَ في النّفَقة، وقولُهم: إنّ صَرْفَ المالِ في اللّذّات المُباحةِ غيرُ سرَفٍ مَحَلُّه فيمَنْ يَصْرِفُ من مالِه بالاستدانةِ من غيرِ رَجاءِ وفائِه أي: حالاً فيما يظهرُ من جِهةٍ ظاهرةٍ مع جَهْلِ الدّائِنِ بحالِه، فإنْ قُلْت: لو أُريدَ هذا لم يتقَيَّدْ بالإسرافِ قُلْت: المُرادُ بالإسرافِ هنا الزّائِدُ على الضّرورةِ أمّا الاقتراضُ لِلضّرورةِ، فلا حرمةَ فيه كما هو ظاهرٌ من كلامِهِم في وجوبِ البيعِ للمُضْطَرِّ المُعْسِرِ فلا يُعْطَى شيئًا لِتقصيرِه بالاستدانةِ للمعصيةِ مع صَرْفًا فيها.

قُلْتُ: الأَصَحُّ يُعْطَى إذا تابَ، واللَّه أعْلمُ، والأَظْهَرُ اشْتِراطُ حاجَتِه دونَ حُلولِ الدَّيْنِ.
قُلْتُ: الأَصَحُّ اشْتِراطُ حُلولِه، واللَّه أعْلمُ، أو لإِصْلاحِ ذاتِ البيْنِ أُعْطيَ مع الغِنَى، وقيلَ: إنْ كان غَنيًّا بنَقْدٍ فلا.

(قُلت: الأصحُّ يُعْطَى إذا تابَ) حالاً إنْ غلب ظَنُّ صِدْقِه في توبَته، (واللّه أعلمُ)، وكذا إذا صَرَفَه في مُباحٍ كعكسِه السّابِقِ، ويظهرُ أنّ العبرةَ في المعصيةِ بعُقْدةِ المدينِ لا غيرِه كالشّاهِدِ، بل أولى ولا يُعْطَى غارِمٌ مات، ولا وفاءَ معه؛ لأنّه إنْ عَصَى به فواضِحٌ، وإلا فهو غيرُ مُحْتاجٍ؛ لأنّه لا يُطالَبُ به كذا أطلقَه شارِحٌ ويَتعيَّنُ حملُه على أنّه لا يُحْبَسُ بسببه عن مَقامِه الكريم على خلافٍ فيه، وأمّا عدمُ المُطالَبةِ به حتى لا يُؤْخَذَ من حَسَنات المدينِ لِلدّائِنِ، فالأدِلّةُ تقتضي خلافَه وعلى غيرِ المُستَدينِ لِنفعِ عامٍّ كبَقيّةِ أقسام الغارِمِ الآتيةِ، ثمّ رأيت بعضَهم جَزَمَ باستثناءِ بعضِها فقط، وهو المُستَدينُ للإصلاحِ، وما ذكرْته أولى حملاً على هذه المكْرُمةِ.

(والأظهرُ اشتراطُ حاجَته) بأنْ يكون بحيثُ لو قضى دَيْنَه مِمّا معه تَمسكنَ كما رجحاه في الروضةِ وأصلِها والمجموعِ، فيُتْرَكُ له مِمّا معه ما يكفيه أي: الكِفايةَ السّابِقة للعُمرِ الغالِبِ فيما يظهرُ ثمّ إنْ فضَلَ معه شيءٌ صَرَفَه في دَينه وتَمَّمَ له باقيَه، وإلا قضى عنه الكلَّ، ولا يُكلَّفُ كسوبٌ الكسبَ هنا؛ لأنّه لا يقدِرُ على قضاءِ دَينه منه غالِبًا إلا بتَدْريجٍ، وفيه حَرَجٌ شَديدٌ، وظاهرُ كلامِهم هنا أنّه لا يُكلّفُه عاصٍ بالاستدانةِ صَرَفَه في مُباحٍ، أو تابَ فيُنافي إطلاقَهم السّابِقَ في الفلَسِ، بل أخذ بعضُهم مِمّا هنا أنّ شرطَ ذاك أنْ يَصْرِفَه في معصيةٍ، ولا يَتوبَ ولَك أنْ تُفرِّقَ بين البابَين بأنّ ذاك حَقٌّ آدَميٍّ، فغُلِّظَ فيه أكثرُ (دون حُلولِ الدّين)؛ لأنّه لا يُسَمَّى الآنَ مَدينًا (قُلت: الأصحُّ اشتراطُ حُلولِه، واللّه أعلمُ) لِعدمِ حاجَته إليه الآنَ (أو) استَدانَ (لإصلاحِ ذات البين) أي: الحالِ بين القوْمِ بأنْ يَخافَ فتنةً بين شَخْصَين؛ أو قبيلَتَين تَنازَعا في قتيلٍ، أو مالٍ مُتْلَفٍ، وإنْ عُرِفَ قاتلُه، أو مُتْلِفُه، فيستَدينُ ما تَسكُنُ به الفتنةُ، ولو كان ثَمَّ من الآحادِ مَنْ يسكُنُها غيرُه (أُعطيَ) إنْ حَلَّ الدَّيْنُ هنا أيضًا على المعتمدِ (مع الغِنَى) ولو بنَقْدٍ، وإلا لامتنع النّاسُ من هذه المكْرُمةِ.

(وقيلَ: إنْ كان غَنيًا بنَقْدٍ فلا) يُعْطَى إذْ ليس في صَرْفِه إلى الدّين ما يَهْتكُ المُروءةَ، ويُرَدُّ بأنّ الملْحَظَ هنا الحملُ على مَكارِمِ الأخلاقِ القاضي بأنّه لا فرقَ وأفْهَمَ ذِكْرُه الاستدانةَ الدّالُّ عليها العطْفُ كما تقرّر أنّه لو أعطَى من مالِه لم يُعْطَ، ومثلُه ما لو استَدانَ، ووَفَّى من مالِه ومن الغارِمِ الضّامِنِ لِغيرِه فيُعْطَى إنْ كان المضْمونُ حالاً، وقد أعسَرَ، أو إنْ ضَمِنَ بالإذْنِ، أو أعسَرَ هو وحدَه إنْ لم يضمنْ بالإذْنِ ومنه استَدانَ لِنحوِ عِمارةِ مسجِدٍ وقِرى ضَيْفٍ ثمّ اختلفوا فألْحَقَه كثيرون بمَنِ استَدانَ لِنفسِه، ورجحه جمعٌ مُتأخّرون وآخرون بمَنِ استَدانَ لإصلاحِ ذات البين إلا إنْ غَنيَ بنَقْدٍ، ورجحه بعضُهم، ولو رجح أنّه لا أثَرَ لِغِناه بالنّقْدِ أيضًا حملاً على هذه المكْرُمةِ العامِّ نفعُها لم يَبْعُدْ، وواضِحٌ أنّ الكلامَ فيمَنْ لم يملكْ حِصّتَه قبلَ موته لِكونِه من المحصورين الذين مَلَكوها

وَسَبيلُ اللَّه تعالى غُزاةٌ لا فَيْءَ لهم فَيُعْطَوْنَ مع الغِنَى. وابنُ السَّبيلُ مُنْشِئُ سَفَرٍ أو مُجْتازٌ، وشَرْطُه الحاجةُ ....

(تنبيهٌ) لا يَتعيَّنُ على مُكاتَبٍ اكتَسب قدرَ ما أخذَ الصَّرْفُ فيما أخذَ له كما مَرَّ، وكذا الغارِمُ وابنُ السَّبيلِ.

بخلافِ ما إذا أرادوا ذلك قبلَ اكتسابِ ما يَفي، وإنْ تَوَقَّعَ لهم كسبٌ يَفي على الأوجَه، ويظهرُ أنّ هذا بالنّسبةِ للآخِذِ، أمّا الدّافِعُ فيَبْرَأُ بمُجرَّدِ الدفعِ، وإنْ لم يَصْرِفْه الآخِذُ فيما أخذَ له ويُحْتَمَلُ خلافُه .

(وسَبيلُ اللّه تعالى غُزاةٌ لا في عَمَلِهم) أي: لا سهْمَ لهم في ديوانِ المُرْتَزِقة، بل هم مُتَطَوِّعةٌ يَغْزون إذا نَشَطوا، إلا فهم في حِرَفِهم وصَنائِعِهم، وسَبيلُ اللّه وضْعًا الطّريقُ الموصِلةُ إليه تعالى، ثمّ كثُرَ استعمالُه في الجِهادِ؛ لأنّه سبَبٌ لِلشَّهادةِ الموصِلةِ إلى اللّه تعالى، ثمّ وُضِعَ على هَؤُلاءِ؛ لأنّهم جاهَدوا لا في مُقابِلٍ فكانوا أفْضَلَ من غيرِهم، وتفسيرُ أحمَدَ وغيرِه المُخالِفُ لِما عليه أكثرُ العُلَماءِ له بالحجِّ لِحديثٍ فيه أجابوا عنه أي: بعدَ تَسليمِ صحّته التي زعمَها الحاكِمُ، وإلا فقد طَعَنَ فيه غيرُ واحدٍ بأنّ في سَنَدِه مجهولاً، وبأنّ فيه عنعَنَةَ مُدَلِّسٍ، وبأنّ فيه اضطِرابًا بأنّا لا نَمْنَعُ أنّه يُسَمّى بذلك، وإنّما النّزاعُ في سبيلِ اللّه في الآيةِ، وقولِه: ﷺ «لا تَحِلُّ الصّدَقةُ إلا لِخمسةٍ»[(١)] وذكرَ منها الغازيَ في سبيلِ اللّه صريحٌ في أنّ المُرادَ بهم فيها مَنْ ذكرْناه على أنّ في أصلِ دَلالةِ ذلك الحديثِ على مُدَّعاهم نَظَرًا؛ لأنّ الذي فيه إعطاءٌ بغيرِ جَعْلٍ صَدَقة في سبيلِ اللّه كما في رِوايةٍ، أو أوصَى به لِسَبيلِ اللّه كما في أخرى لِمَنْ يَحُجُّ عليه فيُفْرَضُ أنّه بغيرِ زكاةٍ يحتَمِلُ أنّ مُعطاه فقيرٌ، أو أنّه أركبَه من غيرِ تمليكٍ ولا تَمَلُّكٍ (فيُعطون مع الغِنَى) إعانةً لهم على الغزْوِ، ومَرَّ أنّه لا حَظَّ لهم في الفيْءِ كما لا حَظَّ لأهلِه في الزّكاةِ إلا على ما مَرَّ فيهم عن الإمامِ وغيرِه، .

فإنْ عَدِمَ واضْطُرِرْنا لهم لَزِمَ أغنياؤُنا إعانَتَهم من غيرِ الزّكاةِ، فإن امتَنَعوا ولم يُجْبِرْهم الإمامُ حَلَّ لأهلِه الذين لم يحصُلْ لهم منه كِفايَتُهم الأخذُ منها فيما يظهرُ، وإنْ لم نَقُلْ بذلك الذي مَرَّ، وإنّما لم يُعْطَ الآلُ منها إذا مُنِعوا من الفيْءِ؛ لأنّ المنْعَ ثَمَّ لِشَرَفِ ذَواتهم بخلافِه هنا، (وابنُ السّبيلِ) الشّامِلُ لِلذّكرِ والأنثى ففيه تَغْليبٌ (مُنْشِئُ سفَرٍ) من بَلَدِ الزّكاةِ، وإنْ لم تكن وطَنَه، وقُدِّمَ اهْتمامًا به لِوُقوعِ الخلافِ القويِّ فيه إذْ إطلاقُه عليه مَجازٌ لِدليلٍ هو عندَنا القياسُ على الثاني بجامِعِ احتياجِ كلٍّ لأُهْبَةِ السّفَرِ (أو مُجْتازٌ) به سُمّيَ بذلك لِمُلازَمَته السّبيلَ، وهي الطّريقُ وأفْرَدَ في الآيةِ دونَ غيرِه؛ لأنّ السّفَرَ مَحَلُّ الوحدةِ والانفِرادِ (وشرطُه) من جِهةِ الإعطاءِ لا التّسميةِ (الحاجةُ) بأنْ لا يَجِدَ ما يقومُ بحَوائِجِ

---

(١) [سنده ضعيف] أخرجه: الحاكم في (المستدرك على الصحيحين) [١/ ٥٦٦]، من طريق: زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار به مرسلاً.

قلتُ: سنده ضعيف.

وعَدَمُ المعْصيةِ، وشَرْطُ آخِذِ الزّكاةِ من هَذِه الأَصْنافِ الثّمانيةِ الإسْلامُ وأنْ لا يَكونَ هاشِميًّا ولا مُطَّلِبيًّا وكذا مَوْلاهم في الأَصَحِّ.

سفَرِه، وإنْ كان له مالٌ بغيرِه، ولو دون مَسافة القصْرِ، وإنْ وجد مَنْ يُقْرِضُه على المعتمدِ، ويُفَرَّقُ بين هذا، وما مَرَّ من اشتراطِ مَسافة القصْرِ، وعدمِ وجودِ مُقْرِضٍ بأنّ الضّرورةَ في السّفَرِ أشَدُّ، والحاجةَ فيه أغلَبُ، ومن ثَمَّ لم يُفَرِّقوا فيه بين القادِرِ على الكسبِ ولو بلا مَشَقة كما اقتضاه إطلاقُهم وبين غيرِه لِتَحَقُّقِ حاجَته مع قُدْرَته هنا دون ما مَرَّ (وعدمُ المعصيةِ) الشّامِلُ لِسَفَرِ الطّاعةِ والمكْروه والمُباحِ، ولو سفَرَ نُزْهةٍ على المعتمدِ بخلافِ سفَرِ المعصيةِ بأنْ عَصَى به لا فيه كسَفَرِ الهائِمِ؛ لأنّ إتعابَ النّفْسِ والدّابّةِ بلا غَرَضٍ صحيحٍ حرامٌ، وذلك لأنّ القصْدَ بإعطائِه إعانَتُه ولا يُعانُ على المعصيةِ، فإنْ تابَ أُعْطيَ لِبَقيّةِ سفَرِه.

(وشرطُ آخِذِ الزّكاةِ من هذه الأصنافِ الثمانيةِ) الحُرّيّةُ الكامِلةُ إلا المُكاتَبَ فلا يُعْطَى مُبَعَّضٌ، ولو في نَوْبَته و (الإسلامُ) فلا يدفَعُ منها لِكافِرٍ إجماعًا نعم، يَجوزُ استِئْجارُ كافِرٍ وعبدٍ كيّالٍ، أو حامِلٍ، أو حافِظٍ، أو نحوِهم من سهْمِ العامِلِ؛ لأنّه أُجْرةٌ لا زكاةٌ بخلافِ نحوِ ساعٍ، وإنْ كان ما يأخُذُه أُجْرةً أيضًا؛ لأنّه لا أمانةَ له، ويُؤْخَذُ من ذلك جوازُ استِئْجارِ ذَوي القُربى، والمُرْتَزِقة من سهْمِ العامِلِ لِشيءٍ مِمّا ذُكِرَ بخلافِ عَمَلِه فيه بلا إجارةٍ؛ لأنّ فيما يأخُذُه حينئذٍ شائِبةَ زكاةٍ، وبهذا يُخَصُّ عمومُ قولِه: (وأنْ لا يكون هاشِميًّا ولا مُطَّلِبيًّا)، وإنْ مُنِعوا حَقَّهم من الخُمُسِ لِخبرِ مسلم «: إنّما هي أوساخُ النّاسِ وإنّها لا تَحِلُّ لِمحمّدٍ ولا لِآلِ محمّدٍ»[(١)] وبَنو المُطّلِبِ من الآلِ كما مَرَّ وكالزّكاةِ كلُّ واجبٍ كالنّذْرِ والكفّارةِ ومنها دِماءُ النُّسُكِ بخلافِ التّطَوُّعِ، وحَرُمَ عليه ﷺ الكلُّ؛ لأنّ مَقامَه أشرَفُ وحَلَّتْ له الهديّةُ؛ لأنّها شَأْنُ المُلوكِ بخلافِ الصّدَقة (وكذا مولاهم في الأصحِّ) للخبرِ الصّحيحِ «مولى القوم منهم»[(٢)] ويُفَرَّقُ بينهم وبين بَني أخواتهم مع صِحّةِ حديثِ «ابنُ أختِ القوم منهم»[(٣)] بأنّ أولَئِك لَمّا لم يكن لهم آباءٌ وقَبائِلُ يُنْسَبون إليهم غالِبًا تَمَحَّضَتْ نِسبَتُهم لِساداتهم فحَرُمَ عليهم ما حَرُمَ عليهم تَحْقيقًا لِشَرَفِ موالاتهم، ولم يُعْطَوْا من الخُمُسِ؛ لِئَلّا يُساووهم في جميعِ شَرَفِهم، فإنْ قُلْت: يُمْكِنُ ذلك بإعطائِهم من الخُمُسِ والزّكاةِ قُلْت ممنوعٌ؛ لأنّ أخذَ الزّكاةِ قد يكونُ شرَفًا كما في حَقِّ الغازي فلا يتحَقَّقُ حينئذٍ انحِطاطُ شَرَفِهم، وأمّا بَنو الأخت فلَهم آباءٌ وقَبائِلُ لا يُنْسَبون إلا إليها فلم

---

(١) [صحيح] وهو جزء من حديث أخرجه: مسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٠٧٢]، وغيره من حديث: عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث رضي الله عنه.

(٢) [صحيح] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٦/ ٨]، وأبو داود في (سننه) [رقم/ ١٦٥٠]، والنسائي في (سننه) [رقم/ ٢٦١٢]، وغيرهم من حديث: أبي رافع رضي الله عنه.

قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (صحيح سنن أبي داود) للألباني [رقم/ ١٤٥٢].

(٣) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٣٣٢٧]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٠٥٩]، وغيرهما من حديث: أنس بن مالك رضي الله عنه.

فَصْلٌ

مَنْ طَلَبَ زَكَاةً وعَلِمَ الإمامُ استِحْقاقَه أو عَدَمَه عَمِلَ بعِلْمِه، وإلّا فإن ادَّعَى فَقْرًا أو مَسْكَنَةً لم يُكَلَّفْ بَيِّنَةً، فإنْ عُرِفَ له مالٌ وادَّعَى تَلَفَه كُلِّفَ، وكذا إن ادَّعَى عيالاً في الأَصَحِّ.

يَلْحَقوا بغيرِهم في شيءٍ من ذلك، وأنْ لا يكون مُمَوِّنًا للمُزَكِّي على ما مَرَّ فيه من التَّفْصيلِ، وأنْ لا يكون لهم سهْمٌ في الفيْءِ كما مَرَّ بما فيه آنِفًا، وأنْ لا يكون محجورًا عليه، ومن ثَمَّ أفتى المُصَنِّفُ في بالِغٍ تارِكٍ لِلصَّلاةِ كسَلاً أنّه لا يقبِضُها له إلا وليُّه أي: كصَبِيٍّ ومجنونٍ فلا يُعْطَى له، وإنْ غابَ وليُّه خلافًا لِمَنْ زعمَه بخلافِ ما لو طَرَأَ تركُه أي: أو تبذيرُه ولم يُحْجَرْ عليه فإنّه يقبِضُها، ويَجوزُ دَفْعُها لِفاسِقٍ إلا إنْ عُلِمَ أنّه يستَعينُ بها على معصيةٍ فيحرُمُ أي: وإنْ أجزأ كما عُلِمَ مِمّا تقرّر ولأعْمَى كأخذِها منه، وقيلَ: يوَكِّلانِ وجوبًا، ويَرُدُّه قولُهم: يَجوزُ دَفْعُها مَرْبوطةً من غيرِ علمٍ بجنسٍ ولا قدرٍ ولا صِفة نعم، الأولى توكيلُهما خُروجًا من الخلافِ، وأفتى العِمادُ بنُ يونُسَ بمَنْعِ دَفْعِها لأبٍ قويٍّ صحيحٍ فقيرٍ وأخوه بجوازِه قال شارِحٌ: وهو الظّاهرُ إذْ لا وجهَ للمَنْعِ ا هـ، وإنّما يظهرُ إنْ قُلْنا: يلزمُه الكسبُ، وهو ضعيفٌ، والأصحُّ وجوبُ نفقته، وإنْ قدَرَ عليه فالوجه الأوّلُ.

فصل في بَيانِ مُستَنَدِ الإعطاءِ وقدرِ المُعْطَى

(مَنْ طلب زكاةً)، أو لم يَطْلُبْ، وأُريدَ إعطاؤُه وآثَرَ الطَّلَبَ؛ لأنّه الأغلَبُ (وعلم الإمامُ) أو غيرُه مِمَّنْ له وِلايةُ الدفعِ وذُكِرَه فقط؛ لأنّ دَخْله فيها أقوى من غيرِه، والمُرادُ بالعلمِ الظَّنُّ كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي (استحْقاقَه) لها (أو عدمَه عَمِلَ بعلمِه) ولا يخرُجُ على خلافِ القضاءِ بالعلمِ لِبِناءِ أمرِ الزّكاةِ على السُّهولةِ، وليس فيها إضْرارٌ بالغيرِ، وبه يُعْلَمُ أنّه لا يأتي هنا ما سيُذْكرُ ثمّ إنّ القاضيَ إذا قامت عندَه بَيِّنةٌ بخلافِ علمِه لا يُعْمَلُ بواحدٍ منهما (وإلا) يعلم شيئًا من حالِه (فإن ادَّعى فقرًا أو مسكنةً)، أو أنّه غيرُ كسوبٍ، وإنْ كان جَلْدًا قويًّا (لم يُكلَّفْ بَيِّنةً) لِعُسرِها وكذا يحلِفُ، وإن اتُّهِمَ لِما صَحَّ «أنّه ﷺ أعطَى مَنْ سألاه الصَّدَقة بعدَ أنْ أعلمَهما أنّه لا حَظَّ فيها لِغَنِيٍّ ولا لِقَوِيٍّ مُكْتَسِبٍ، ولم يُحَلِّفْهما مع أنّه رَآهما جَلْدَين» ومن ثَمَّ قال الحافِظُ المُنْذِرِيُّ هذا أصلٌ في أنّ مَنْ لم يُعْرَفْ له مالٌ فأمْرُه محمولٌ على العُدْمِ: ولم يُعْتَبَرْ ﷺ ظاهرُ القوّةِ؛ لأنّ الإنسانَ مع ذلك قد يكونُ أخرقَ لا كسبَ له مع أنّه ﷺ استَظْهَرَ في أمرِهما فأنْذَرَهما أي: ومن ثَمَّ قال البغَويّ يُسَنُّ للإمامِ أي: أو المالِكِ ذلك فيمَنْ يَشُكُّ في استحْقاقِه (فإنْ عُرِفَ له مالٌ) يُغْنيه (وادَّعى تلَفَه كلِّفَ) بَيِّنةَ رجلين، أو رجلاً وامرأتين بتَلَفِه، وإنْ لم يكونا من أهلِ الخِبْرةِ الباطِنةِ بحالِه؛ لأنّ الأصلَ بَقاؤُه سواءٌ ادَّعى سببًا ظاهرًا أم خَفِيًّا بخلافِ ما مَرَّ في نحوِ الوديعِ؛ لأنّ الأصلَ ثَمَّ عدمُ الضّمانِ، وهنا عدمُ الاستحْقاقِ، وزَعْمُ أنّ الأصلَ هنا الفقْرُ يُبْطِلُه أنّ الفرضَ أنّه عُرِفَ له مالٌ يُغْنيه (وكذا إن ادَّعى عيالاً في الأصحِّ) يُكلَّفُ بَيِّنةً بذلك لِسُهولَتِها قال السُّبْكيُّ والمُرادُ بالعيالِ مَنْ تَلْزَمُه مُؤْنَتُهم، وغيرُهم مِمَّنْ تقتضي المُروءةُ بإنْفاقِه مِمَّنْ

وَيُعْطَى غازٍ وابنُ سَبيلٍ بقولِهما، فإنْ لم يَخرُجا استُرِدَّ، ويُطالَبُ عامِلٌ ومُكاتَبٌ وغارِمٌ ببَيِّنةٍ، ....

يُمْكِنُ صَرْفُ الزّكاةِ إليه من قريبٍ وغيرِه اهـ، والأوجَه أنّ المُرادَ بهم مَنْ تَلْزَمُه مُؤْنَتُهم، وغيرُهم يسألون لأنفُسِهم، أو يسألُ هو لهمْ.

(ويُعطَى) مُؤَلَّفٌ بقولِه بلا يَمينٍ إن ادَّعَى ضَعْفَ نيّته دون شَرَفٍ، أو قِتالٍ لِسُهولةِ إقامةِ البيِّنةِ عليهما وتعذُّرِها على الأوّلِ (غازٍ وابنُ سبيلٍ) بقِسمَيْه (بقولِهما) بلا يَمينٍ؛ لأنّه لأمْرٍ مُستقبَلٍ، وإنّما يُعْطيانِ عندَ الخُروجِ ليتهَيَّآ له (فإنْ) أعطيا فخَرَجا، ثمّ رَجَعا استَرَدَّ فاضِلَ ابنِ السَّبيلِ مُطْلَقًا وكذا فاضِلُ الغازي بعدَ غَزْوِه إنْ كان شيئًا له وقعٌ عُرْفًا ولم يُقتِّرْ على نفسِه لَتَبَيَّنَ أنّهما أُعْطيا فوقَ حاجَتِهما.

(تنبيهٌ) مَرَّ أنّ لابنِ السَّبيلِ صَرْفُ ما أخذَه لِغيرِ حَوائِجِ السَّفَرِ وحينئذٍ لا يتأتّى استرْدادُ ذِمَّته؛ لأنّه لا يُعْرَفُ لو بَقيَ ما أُعْطيَه وصُرِفَ منه هل كان يَفْضُلُ منه شيءٌ، أو لا؟، فلْيُحْمَلْ كلامُهم على ما لو صُرِفَ من عَينِ ما أُعْطيَه وقد يُقالُ: يُنْسَبُ ما صَرَفَه قتَّرَ به على نفسِه، أو لا لِمأخوذِه فإنْ فضَلَ من المأخوذِ شيءٌ استُرِدَّ منه بقدرِه، وعليه فيظهرُ أنّه يُقْبَلُ قولُه: في قدرِ الصَّرْفِ، وأنّه لو ادَّعَى أنّه لم يعلم قدرَه صُدِّقَ، ولم يُستَرَدَّ منه شيءٌ؛ لأنّ الأصلَ براءةُ ذِمَّته.

وإنْ (لم يخرُجا) بأنْ مَضَتْ ثلاثةُ أيّام تقريبًا، ولم يترَصَّدا للخُروجِ ولا انتظَرا رُفْقة ولا أُهْبةً (استَرَدَّ) منهما ما أخذاه أي: إنْ بَقيَ وإلاّ فبَدَلُه، وكذا لو أخرجَ الغازي، ولم يَغْزُ ثمّ رجع، وقال الماوَرْديُّ: لو وصَلَ بلادَهم ولم يُقاتلْ لِبُعْدِ العدوِّ لم يستَرِدَّ منه؛ لأنّ القصْدَ الاستيلاءُ على بلادِهم، وقد وُجِدَ وخرج بقولِنا: رجع ما لو مات أثناءَ الطّريقِ أو في المقصِدِ فإنّه لا يستَرِدُّ منه إلا ما بَقيَ، وإلحاقُ الرّافِعيِّ بالموت الامتناعَ من الغزْوِ رَدَّه ابنُ الرِّفعةِ بأنّه مُخالِفٌ لِما تقرّر، وكذا يستَرِدُّ من مُكاتَبٍ كما مَرَّ وغارِمٍ استَغْنَيا عن المأخوذِ بنحوِ إبراءٍ، أو أداءٍ من الغيرِ، (ويُطالَبُ عامِلٌ ومُكاتَبٌ وغارِمٌ) ولو لإصلاحِ ذاتِ البين (ببَيِّنةٍ) لِسُهولَتِها بما ادَّعَوْه، واستُشْكِلَ تصويرُ دعوَى العامِلِ بأنّ الإمامَ يعلَمُ إذْ هو الذي يَبْعَثُه، ويُجابُ بتصويرِ ذلك بما إذا طلب من الإمام حِصَّتَه من زكاةٍ وصَلَتْ إليه من نائِبه بمَحَلٍّ كذا لِكونِ ذلك النّائِبِ استعمَله عليها حتى أوصَلَها إليه، أو قال له الإمامُ: أنَسيتَ أنّك العامِلُ، أو مات مُستعمِلُه فطلب مِمَّنْ تَوَلَّى مَحَلَّه حِصَّتَه، وصَوَّرَه السُّبْكيُّ بأنْ يأتيَ لِرَبِّ المالِ، ويُطالِبَه ويَجْهَلَ ويُرَدُّ بأنّه إنْ فرَّقَ فلا عامِلَ، وإنْ فرَّقَ الإمامُ فلا وجهَ لِمُطالَبَته المالِك، ويحتَمِلُ أنْ يُريدَ أنّ المُطالِبَ قال للمالِكِ: أنا عامِلُ الإمامِ فادْفَعْ لي زكاتَك، ويُرَدُّ بأنّ الكلامَ ليس في هذا، بل في طَلَبِ العامِلِ لِحِصَّته المُقابِلةِ لِعَمَلِه، وأنْ يُريدَ أنّ الإمامَ تَرَك بعضَ الزّكاةِ عندَ المالِكِ، وأمَرَه بأنْ يُعْطيَ مَنْ أرسَله إليه فجاءَه مَنْ يَدَّعي أنّه عامِلُ الإمامِ، وأنّه أرسَله إليه فيُكلِّفُه البيِّنةَ حينئذٍ، وابنُ الرِّفعة بما إذا استأجَرَه الإمامُ من خُمْسِ الخُمْسِ فادَّعَى أنّه قبض

وهي: إخْبارُ عَدْلَيْنِ، ويُغْني عنها الاستِفاضَةُ، وكذا تَصْديقُ رَبِّ الدَّيْنِ والسَّيِّدِ في الأصَحِّ. وَيُعْطَى الفقيرُ والمِسْكينُ كِفايَةَ سَنَةٍ. قُلْتُ: الأَصَحُّ المنْصوصُ، وقولُ الجُمهورِ كِفايَةَ العُمرِ الغالِبِ ....

الصَّدَقاتِ، وتَلِفت في يَدِه من غيرِ تفريطٍ وطالَبَ بالأُجرةِ، ويُرَدُّ بأنّ فيه خُروجًا عَمّا نحن فيه؛ لأنّه إنّما يَدَّعي بأُجرةٍ من خُمُسِ الخُمُسِ لا من الزّكاةِ والأذرعيُّ بما إذا فوَّضَ إليه التّفرقة أيضًا، ثمّ جاءَ وادَّعَى القبضَ والتّفرقة، وطلب أُجرَتَه من المصالِحِ ويُرَدُّ بنظيرِ ما قبله (وهي) أي: البيِّنةُ فيما ذُكِرَ (إخبارُ عَدْلينِ)، أو عَدْلٌ وامرَأتين ولو بغيرِ لفظِ شَهادةٍ واستشهادٍ ودعوَى عندَ قاضٍ (ويُغْني عنها) في سائِرِ الصّوَرِ التي يُحْتاجُ للبَيِّنةِ فيها (الاستفاضةُ) بين النّاسِ من قوْمٍ يَبْعُدُ تَواطُؤُهم على الكذِبِ، وقد يحصُلُ ذلك بثلاثةٍ كما قاله الرّافعيُّ كغيرِه، واستغْرابُ ابنِ الرِّفعةِ له يُجابُ عنه بأنّ القصْدَ هنا الظّنُّ المُجوِّزُ للإعطاءِ، وهو حاصِلٌ بذلك وبه يُفَرَّقُ بين هذا، وما يأتي في الشّهادةِ، ومِمّا يُصَرِّحُ بذلك قولُهم:

(وكذا تصديقُ رَبِّ الدّينِ والسّيِّدِ في الأصحِّ) بلا بَيِّنةٍ ولا يَمينٍ ولا نَظَرٍ لاحتمالِ التّواطُؤِ؛ لأنّه خلافُ الغالِبِ، ويُؤْخَذُ من اكتفائِهم بإخبارِ الغريمِ هنا وحدَه مع تُهْمَته الاكتفاءُ بإخبارِ ثِقة ولو عَدْلَ روايةٍ ظَنّ صِدْقَه، بل القياسُ الاكتفاءُ بمَنْ وقَعَ في القلْبِ صِدْقُه ولو فاسِقًا، ثمّ رأيت في كلامِ الشيخينِ ما يُؤَيِّدُ ذلك نعم، بحث الزّركشيُّ في الغريمِ والسّيِّدِ أنّ مَحَلَّ الخلافِ إذا وثِقَ بقولِهما، وغلب على الظّنِّ الصِّدْقُ قال: وإلا لم يُفِدْ قطعًا اهـ، وبعدَ أنْ مَهّدَ من أوّلِ الفصلِ إلى هنا ما يُثْبِتُ به الوصْفَ المقتضيَ لِلاستحْقاقِ شَرَعَ في بَيانِ قدرِ ما يُعْطاه كلٌّ فقال:

(ويُعْطَى الفقيرُ والمِسكينُ) اللّذانِ لا يُحْسِنانِ التّكسُّبَ بحِرْفة ولا تجارةٍ (كِفايةَ سنةٍ)؛ لأنّ وجوبَ الزّكاةِ لا يَعودُ إلا بمُضيِّها (قُلت: الأصحُ المنصوصُ) في الأُمِّ (وقولِ الجمهورِ) يُعطَى (كِفايةَ العُمُرِ الغالِبِ) أي: ما بَقِيَ منه؛ لأنّ القصْدَ إغْناؤُه، ولا يحصُلُ إلا بذلك فإنْ زاد عُمْرُه عليه فيظهرُ أنّه يُعْطَى سنةً إذْ لا حَدَّ لِلزّائِدِ عليها، ثمّ رأيت جَزْمَ بعضِهم الآتيَ، وهو صريحٌ فيه، أمّا مَنْ يُحْسِنُ حِرْفة تَكْفيه الكِفايةَ اللّائِقة به كما مَرَّ أوّلَ البابِ فيُعْطَى ثمنَ آلةِ حِرْفَته، وإنْ كثُرَ، وظاهرٌ أنّ المُرادَ بإعطاءِ ذلك له الإذْنُ له في الشّراءِ، أو الشّراءُ له نظيرُ ما يأتي أو تجارةً فيُعْطَى رَأسَ مالٍ يكفيه كذلك رِبْحُه غالِبًا باعتبارِ عادةِ بَلَدِه فيما يظهرُ، ويختلفُ ذلك باختلافِ الأشخاصِ والنّواحي وقَدَّروه في أربابِ المتاجِرِ بما كانوا يَتعارَفونَه، وأمّا الآنَ فلا ينضَبِطُ إلا بما ذكرْتُه، ثمّ رأيت بعضَهم صرّح بذلك ولو أحسَنَ أكثرَ من حِرْفة، والكلُّ يكفيه أُعطِيَ ثمنَ، أو رَأسَ مالِ الأدْنَى، وإنْ كفاه بعضُهم فقط أُعطِيَ له، وإنْ لم يَكْفِه واحدةٌ منها أُعطِيَ لِواحدةٍ وزيدَ له شراءُ عَقارٍ يُتَمُّ دَخْلُه بَقِيّةَ كِفايَته فيما يظهرُ.

(تنبيهٌ) لم أرَ لأحَدٍ هنا بَيانَ قدرِ العُمُرِ الغالِبِ، والذي دَلّتْ عليه الأحاديثُ أنّه ما بين السِّتّين

فَيَشْتَرِي به عَقارًا يَسْتَغِلُّه، واللّه أعْلَمُ.

والسّبْعين من الوِلادةِ، وعليه فهل العبرةُ هنا بالسّتّين فقط؛ لأنّها المُتيَقّنُ دخولُها أو بالسّبْعين احتياطًا للأخذِ كلٌّ مُحْتَمَلٌ، وقد يُؤْخَذُ ترجيحُ هذا من أنّا إذا قُلْنا في المفقودِ بالتقديرِ يكونُ سبعين، وقيلَ: ثمانين، وقيلَ: تسعين، وقيلَ: مِائةً وقيلَ: مِائةً وعِشْرين فالسّبْعون أقَلُّ ما قيلَ على هذا فالأخذُ بها هنا غيرُ بَعيدٍ، وإنْ أمكنَ الفرقُ بين البابَين، ثمّ رأيت بعضَهم جَزَمَ هنا بأنّه سِتّون، وبعدَها يُعْطى كِفايةَ سنةٍ، ثمّ سنةً وهَكذا وليس المُرادُ بإعطاءِ مَنْ لا يُحْسِنُ ذلك إعطاءَ نَقْدٍ يكفيه تلك المُدّةَ لِتعذُّرِه، بل ثمنَ ما يكفيه دَخْلُه.

(فيشتَري به) إنْ أذِنَ له الإمامُ، وكان رَشيدًا، وإلا فوَلِيُّه (عَقارًا)، أو نحوَ ماشيةٍ إنْ كان من أهلِها (يستَغِلُّه) ويَغْتَني به عن الزّكاةِ فيملكُه ويورَثُ عنه (واللّه أعلمُ) للمَصْلَحةِ العائِدةِ عليه؛ لأنّ الفرضَ أنّه لا يُحْسِنُ تجارةً ولا حِرْفة، والأوجَه كما أفْهَمه قولي: إنْ أذِنَ له الإمامُ أخذًا من كلامِ الزّركشيّ، وغيرِه، وأفْهَمه كلامُ المُحَرَّرِ كالقاضي أبي الطّيِّبِ أنّ للإمامِ دون المالِكِ شراءَه له نظيرَ ما يأتي في الغازي، وله أنْ يُلْزِمَه بالشّراءِ وعدمِ إخراجِه عن ملكِه لِما في ذلك من المصْلَحةِ العامّةِ فلم يُنْظَرْ لِما فيه من جَبْرِ الرّشيدِ، وحينئذٍ ليس له إخراجُه فلا يَحِلُّ ولا يصحُّ فيما يظهرُ، وعلى بَقيّةِ المُستَحَقّين بإغْنائِه عنهم ولو مَلَكَ هذا دون كِفايةِ العُمُرِ الغالِبِ كَمَّلَ له من الزّكاةِ كِفايته كما بحثه السُّبْكيُّ، وأطالَ في الرّدِّ على بعضِ مُعاصِريه في اشتراطِ اتّصافِه يومَ الإعطاءِ بالفقرِ والمسكنةِ أي: باحتياجِه حينئذٍ للمُعْطي، ويُؤَيِّدُ الأوّلَ قولُ الماوَرْديِّ لو كان معه تسعون ولا يكفيه إلا رِبْحُ مِائةٍ أُعْطيَ العشرةَ الأخرى، وإنْ كفته التسعون لو أنْفَقَها من غيرِ اكتسابٍ فيها سِنين لا تبلُغُ العُمُرَ الغالِبَ فإنْ قُلْت: إذا تقرّر أنّه يشتَري له عَقارٌ يكفيه دَخْله بَطَلَ اعتبارُ العُمُرِ الغالِبِ؛ لأنّ الغالِبَ في العقارِ بَقاؤُه أكثرَ منه قُلْت: ممنوعٌ؛ لأنّ العقارات مختَلِفة في البقاءِ عادةً، وعندَ أهلِ الخِبْرةِ فيُعْطى لِمَنْ بَقيَ من عُمْرِه الغالِبِ عَشَرةٌ مثلاً عَقارٌ يبقى عَشَرةً، وهَكذا على أنّ الذي يظهرُ أنّه ليس المُرادُ مَنْعَ إعطاءِ عَقارٍ يَزيدُ بَقاؤُه على العُمُرِ الغالِبِ بل مَنْعُ إعطاءِ ما ينقُصُ عنه وأمّا ما يُساويه، أو يَزيدُ عليه فإنْ وُجِدا تعيَّنَ الأوّلُ، أو الثاني فقط اشتُرِيَ له ولا أثَرَ لِلزّيادةِ لِلضّرورةِ، ويظهرُ أيضًا فيما لو عَرَضَ انهدامُ عَقارِه المُعْطَى أثناءَ المُدّةِ أنّه يُعْطَى ما يُعَمِّرُه به عِمارةً تبقَى بَقيّةَ المُدّةِ نعم، إنْ فُرِضَ وجودُ مَبْنًى أخفَّ من عِمارةِ ذاك لم يَبْعُدْ أنْ يُقال: يَتعيَّنُ شراؤُه له، ويُباعُ ذاك ويوزَنُ ثمنُه في هذا، هذا كلُّه في غيرِ محصورين أمّا المحصورون فسيأتي أنّهم يملكونَه، وهل ملكُهم له بعددِ رُءوسِهم، أو قدرَ حاجاتِهم، أو لا يملكون إلا الكِفايةَ دون الزّائِدِ عليها؟.

تَرَدَّدَ فيه الدّميريّ وغيرُه، والذي يظهرُ أنّهم يملكون ما يكفيهم على قدرِ حاجاتهم ولا يُنافيه ما يأتي من الاكتفاءِ بأقَلِّ مُتَمَوَّلٍ لأحَدِهم؛ لأنّ مَحلَّه كما هو ظاهرٌ حيثُ لا ملك، ويُفَرَّقُ بأنّ ذاك مَنوطٌ بالمُفَرِّقِ لا بمُستَحَقٍّ مُعَيَّنٍ فنُظِرَ فيه لاجتهادِه ورِعايةُ الحاجةِ الواجبةِ على الإمامِ، أو نائِبِه إنّما

وإلى المُكاتَبِ والغارِمِ قدرُ دَيْنِه، وابنِ السّبيلِ ما يوَصِّلُه مَقْصِدَه أو مَوْضِعِ مالِه، والغازي قدرُ حاجَتِه نَفَقةً وكِسْوةً ذاهِبًا وراجِعًا ومُقيمًا هُناكَ وفَرَسًا وسِلاحًا، ويَصيرُ ذلك مِلْكًا له، ويُهَيّأُ له ولِابنِ السّبيلِ مَرْكوبٌ إنْ كان السّفَرُ طَويلاً أو كان ضَعيفًا لا يُطيقُ المشْيَ، ...

تقتَضي الإثمَ عندَ الإخلالِ بها لا مَنْعَ الإجزاءِ، وهذا الملكُ فيه مَنوطٌ.

بوقت الوجوبِ لِمُعَيَّنٍ فلا يُنْظَرُ للمُفرِّقِ، وحينئذٍ فلا مُرَجِّحَ إلا الكِفايةُ، فوَجَبَ ملكُهم بحسبِها، وأنّ الفاضِلَ عنها يُحْفَظُ حتى يوجد غيرُهم.

وقولُ السُّبْكيّ لو زادت الزّكاةُ على كِفايةِ المُستَحِقّين لِكثرَتها وقِلّتهم لَزِمَه قِسمَتُها كلُّها عليهم، وينتَقِلُ بعدَهم لِورثَتهم فيه نَظَرٌ، بل الوجه ما يُصَرِّحُ به كلامُهم كما اعترفَ به ثَمَّ، أوّله أنّ ما زاد من الزّكوات على كِفايَتِهم يُحْفَظُ لِوجودِهِمْ.

(و) يُعْطَى (المُكاتَبُ والغارِمُ) لِغيرِ نحوِ إصلاحِ ذات البين لِما مَرَّ أنّه يُعْطَى مع الغنيِّ أي: كلٌّ منهما (قدرَ دَينه) ما لم يكن معه وفاءٌ لِبعضِه وإلا فما يوفيه فقط (وابنُ السّبيلِ ما يوصِلُه مقصِدَه) بكسرِ الصّادِ إنْ لم يكن له في طَريقِه إليه مالٌ (أو موضِعِ مالِه) إنْ كان له في طَريقِه مالٌ فإنْ كان ببعضِه بعضُ ما يكفيه كُمِّلَ له كِفايَتُه ويُعطَى لِرُجوعِه أيضًا إنْ عَزَمَ عليه، والأحوَطُ تأخيرُه إلى شُروعِه فيه إنْ تَيَسَّرَ أي: ووُجِدَ شرطُ النّقْلِ إنْ كان المُفرِّقُ المالِكُ ولِمُدّةِ إقامةِ المُسافِرين، وهي أربعةُ أيّام لا ثمانيةَ عَشَرَ؛ لأنّ شرطَها قد لا يوجَدُ (و) يُعْطَى (الغازي قدرَ حاجَته) اللاّئقة به وبِمُمَوَّنِه لِ (نفقةٍ وكِسوةٍ) له ولَهم (ذاهِبًا وراجِعًا ومقيمًا هناك) أي: في الثغرِ، أو نحوِه إلى الفتحِ، وإنْ طالَ لِبَقاءِ اسمِ الغزْوِ مع الطّولِ بخلافِ السّفَرِ في ابنِ السّبيلِ، ويُعْطيانِ جميعَ المُؤْنةِ لا ما زاد بسببِ السّفَرِ فقط ومُؤْنةَ مَنْ تَلْزَمُهما مُؤْنَتُه ولم يُقَدِّروا المُعْطَى لإقامةِ الغازي، وبحث الأذرَعيُّ أنّه يُعْطَى لأقَلِّ ما يَظُنُّ إقامَتَه، ثمّ فإنْ زاد زيدَ له، ويُغْتَفَرُ له النّقْلُ أي: من المالِكِ حينئذٍ لِدارِ الحربِ للحاجةِ، أو تُنَزَّلُ إقامَتُه ثَمَّ لِمَصْلَحةِ المسلمين منزلةَ إقامَته ببَلَدِ المالِ (و) يُعْطيه الإمامُ لا المالِكُ لامتناعِ الإبدالِ في الزّكاةِ عليه (فرَسًا) إنْ كان مِمَّنْ يُقاتلُ فارِسًا (وسِلاحًا) ولو بغيرِ شراءٍ لِما يأتي (ويَصيرُ ذلك) أي: الفرَسُ والسِّلاحُ (ملكًا له) إنْ أُعْطِيَ الثمَنَ فاشترى لِنفسِه، أو دَفعهما له الإمامُ ملكًا إذا رَآه بخلافِ ما إذا استأجَرَهما له.

أو أعارَه إيّاهما لِكونِهما موقوفَين عندَه إذْ له شراؤُهما من هذا السّهْم وبَقاؤُهما ووَقْفُهما، وتَسميةُ ذلك عاريّةً مَجازٌ إذِ الإمامُ لا يملكُه والآخِذُ لا يضمنُه لو تَلِفَ، بل يُقْبَلُ قولُه فيه بيَمينِه كالوديع، لكن لَمّا وجَبَ رَدُّهما عندَ انقضاءِ الحاجةِ منهما أشبَها العاريّةَ (ويُهَيّأُ) من جِهةِ الإمام (له ولابنِ السّبيلِ مَرْكوبٌ إنْ كان السّفَرُ طَويلاً أو) كان السّفَرُ قصيرًا، ولَكِنّه (كان ضعيفًا لا يُطيقُ المشْيَ) بالضّابِطِ السّابِقِ في الحجِّ كما هو ظاهرٌ دَفْعًا لِضَرورَته بخلافِ ما إذا اقتصَرَ، وهو قويٌّ، وأُعْطِيَ الغازي مَرْكوبًا غيرَ الفرَسِ كما صرّحتْ به العبارةُ ليتوَفَّرَ فرَسُه للحربِ إذْ رُكوبُه في الطّريقِ يُضْعِفُه

وما يَنْقُلُ عليه الزّادَ ومَتاعَه إلّا أنْ يَكونَ قدرًا يَعْتادُ مِثْلُه حَملَه بنفسِه، ومَنْ فيه صِفَتا استِحْقاقٍ يُعْطَى إحْداهما فَقَطْ في الأظْهَرِ.

فَصْلٌ

يَجِبُ استيعابُ الأصْنافِ إنْ قَسَّمَ الإمامُ وهُناكَ عامِلٌ، ....

(وما ينقُلُ عليه الزادَ ومَتاعَه) لِحاجَته إليه (إلا أنْ يكون قدرًا يعتادُ مثلُه حمله بنفسِه) لانتفاءِ الحاجةِ، وأفْهَمَ التعبيرُ بيُهَيِّئُ أنّه يستَرِدُّ منهما جميعَ ذلك إذا عادا، ومَحِلُّه في الغازي إنْ لـم يُمَلِّكْه له الإمامُ إذا رَآه؛ لأنّه لِحاجَتنا إليه أقوى استحْقاقًا من ابنِ السّبيلِ فلِذا استُرِدَّ منه، ولو ما مَلَّكه إيّاه ويُعْطَى المُؤَلَّفُ ما يَراه الدّافِعُ كما مَرَّ، والعامِلُ أُجرةَ عَمَلِه فإنْ زاد سهْمُه عليها رُدَّ الفاضِلُ على بَقيّةِ الأصنافِ، وإنْ نَقَصَ كُمِّلَ من مالِ الزّكاةِ، أو من سهْمِ المصالِحِ، (ومَنْ فيه صِفَتا استحْقاقٍ) لِلزَّكاةِ كالفقْرِ والغُرْمِ، أو الغزْوِ (يُعْطَى) من زكاةٍ واحدةٍ أي: باعتبارِ ما وجَبَتْ فيه لا مَنْ وجَبَتْ عليه فيما يظهرُ فلو كانَ على واحدٍ زَكواتٌ أجناسٌ كانت زَكواتٍ مُتعدِّدةً، ولو اشترك جَماعةٌ في زكاةِ جنسٍ واحدٍ كانت مُتَّحِدةً (بإحداهما فقط) والخيَرةُ إليه، ويُفَرَّقُ بينه وبين ما مَرَّ فيمَنْ له حِرَفٌ يكفيه كلٌّ منهما يُعْطَى بالأدْنَى بأنّه لو أُعْطيَ ثَمَّ فوقَ الأدْنَى لَزِمَ أخذُه لِلزّائِدِ بلا موجِبٍ، وهنا كلٌّ من الوصْفَين موجِبٌ فلا محذورَ في اختيارِه لأحَدِهما، وإن اقتضى الزّيادةَ على الآخرِ (في الأظهرِ)؛ لأنّه مقتضى العطْفِ في الآيةِ نعم، إنْ أُخِذَ بالغُرْمِ، أو الفقرِ مثلًا فأخذَه غريمُه، وبَقيَ فقيرًا أُخِذَ بالفقرِ، وإنْ نازع فيه كثيرون، فالمُمْتَنِعُ إنّما هو الأخذُ بهما دُفْعةً واحدةً، أو مُرَتَّبًا قبلَ التّصرُّفِ في المأخوذِ أمّا من زكاتَين، فيَجوزُ أنْ يأخُذَ من واحدةٍ بصِفة، ومن الأخرى بصِفة أخرى. كغازٍ هاشِميٍّ يأخُذُ بهما من الفيْءِ كما مَرَّ.

(تنبيهٌ) يأتي أنّ الزّكوات كلَّها في يَدِ الإمام كزكاةٍ واحدةٍ، وقضيّتُه أنّه يَمْتَنِعُ عليه إعطاءُ واحدٍ بصِفة من زكاةٍ، وبِأخرى من زكاةٍ أخرى، وهو بَعيدٌ، والذي يَتَّجِه جوازُ ذلك لِما قرَّرْته في معنى اتِّحادِ الزّكاةِ وكونُها في يَدِه كزكاةٍ واحدةٍ إنّما هو بالنّظَرِ لِجوازِ النّقْلِ وعدمِ الاستيعابِ ونحوِهما مِمّا يقتضي التّسهيلَ عليه.

فصل في قِسمةِ الزّكاةِ بين الأصنافِ ونَقْلِها وما يَتْبَعُهما

(يجبُ استيعابُ الأصنافِ) الثمانيةِ بالزّكاةِ ولو زكاةَ الفطرِ لكن اختارَ جمعٌ جوازَ دَفْعِها لِثلاثةِ فُقَراءَ، أو مَساكين مثلًا وآخرون جوازَه لِواحدٍ، وأطالَ بعضُهم في الانتصارِ له، بل نَقَلَ الرّويانيُّ عن الأئِمّةِ الثلاثةِ وآخرين أنّه يَجوزُ دَفْعُ زكاةِ المالِ أيضًا إلى ثلاثةٍ من أهلِ السُّهْمانِ قال، وهو الاختيارُ لِتعذُّرِ العمَلِ بمذهبِنا ولو كان الشافعيُّ حَيًّا لأفْتانا به اهـ (إنْ قسمَ الإمامُ) أو نائِبُه (وهناك عامِلٌ) لم يَجْعَل الإمامُ له شيئًا من بيت المالِ لإضافَتِها إليهم جميعِهم فلم يَجُزْ حِرْمانُ بعضِهم كما مَرَّ أوّلَ

وإلّا فالقِسْمةُ على سَبْعةٍ، فإنْ فُقِدَ بعضُهم فعلى الموْجودينَ، وإذا قَسَمَ الإمامُ يَسْتَوْعِبُ مِن الزّكَواتِ الحاصِلةِ عندَه آحادَ كُلِّ صِنْفٍ، وكذا يَسْتَوْعِبُ المالِكُ إن انْحَصَرَ المُسْتَحِقّونَ في البلَدِ ووَفَّى بهم المالُ، وإلّا فَيَجِبُ إعْطاءُ ثلاثةٍ، ....

البابِ، ونَقَلَ الأذرَعيُّ عن الدّارِميِّ وأقرَّه أنّه لا يَجوزُ إعطاؤُه إلا إذا لم يوجَدْ مُتَبَرِّعٌ، والأوجَه وِفاقًا لِلسُّبْكيِّ جوازُه، وإنْ وُجِدَ فيستَحِقُّ إنْ أذِنَ له الإمامُ في العمَلِ، وإنْ لم يشرِطْ له شيئًا بل، وإنْ شَرَطَ له أنْ لا يأخُذَ شيئًا؛ لأنّه يستَحِقُّ ذلك بالعمَلِ فريضةً من اللّه تعالى، فلا يحتاجُ لِشرطٍ من المخلوقِ كما تُستَحَقُّ الغنيمةُ بالجِهادِ فلا يخرُجُ عن ملكِه إلا بناقِلٍ (وإلا) يقسِم الإمامُ بل المالِكُ، أو قسَمَ الإمامُ ولا عامِلَ هناك بأنْ حَمَلها أصحابُها إليه، أو جعلَ للعامِلِ أُجرةً من بيت المالِ، وكأنّهم إنّما لم ينظُروا هنا لِكونِه فريضةً؛ لأنّ ما يأخُذُه من بيت المالِ في حكم البدَلِ عنها فلم تَفُتْ هنا بالكلّيّةِ بخلافِها ثَمَّ (فالقِسمةُ على سبعةٍ) منهم المُؤَلَّفُ كما مَرَّ بما فيه (فإنْ فُقِدَ بعضُهم) أي: السّبْعةِ، أو الثمانيةِ ولَم يُبالِ بشُمولِ هذا الفقْدِ العامِلِ لأنّه قدَّمَ حكمَه أي: صِنْفٍ فأكثَرَ أو بعضِ صِنْفٍ من البلَدِ بالنّسبةِ للمالِكِ، ومنه من غيرِه بالنّسبةِ للإمامِ (فعلى الموجودين) تكونُ القِسمةُ، فيُعْطَى في الأخيرةِ حِصّةَ الصِّنْفِ كلِّه لِمَنْ وُجِدَ من أفرادِه؛ لأنّ المعدومَ لا سهْمَ له قال ابنُ الصّلاحِ: الموجودُ الآنَ أربَعةٌ فقيرٌ ومِسكينٌ وغارِمٌ وابنُ سبيلٍ، والأمرُ كما قال في غالِبِ البِلادِ فإنْ لم يوجَدْ أحدٌ منهم حُفِظَتْ حتى يوجد بعضُهم

(تنبيهٌ) سيذكرُ هذا أيضًا بقولِه وإلا فيُرَدُّ على الباقين، ولا تَكرارَ؛ لأنّه ذُكِرَ هنا لِضَرورةِ التقسيمِ وثَمَّ لِبَيانِ الخلافِ.

(وإذا قسَمَ الإمامُ)، أو عامِلُه الذي فوّضَ إليه الصّرْفُ (استوعَبَ) وجوبًا (من الزّكوات الحاصِلةِ عندَه) إنْ سدَّتْ أدْنَى مَسَدٍّ لو وُزِّعَتْ على الكلِّ (آحادَ كلِّ صِنفٍ) لِسُهولةِ ذلك عليه، ومن ثَمَّ لم يلزمْه استيعابُهم من كلِّ زكاةٍ على حِدَتها لِعُسرِه، بل له إعطاءُ زكاةِ واحدٍ لِواحدٍ؛ لأنّ الزّكوات كلَّها في يَدِه كزكاةٍ واحدةٍ، وبهذا يُعْلَمُ أنّ المُرادَ في قولِهم: أوّلَ الفصلِ بل بالزّكاةِ الجنسُ (وكذا يستوعِبُ) وجوبًا على المعتمدِ (المالِكُ)، أو وكيلُه الآحادَ (إن انحصَرَ المُستَحِقّون في البلَدِ) بأنْ سهُلَ عادةً ضَبْطُهم أو معرفة عددِهم نظيرُ ما يأتي في النّكاحِ (ووَفَّى بهم) أي: بحاجاتهم أي: النّاجِزةِ فيما يظهرُ (المالُ) لِسُهولَته عليه حينئذٍ، وناقِضًا هذا أعني الوجوبَ في موضِعٍ آخرَ وحُمِلَ على ما إذا لم يَفِ بهم المالُ كما قال (وإلا) ينحَصِروا، أو انحَصَروا ولم يَفِ بهم المالُ (فيجبُ إعطاءُ ثلاثةٍ) فأكثَرَ من كلِّ صِنفٍ؛ لأنّهم ذُكِروا في الآيةِ بلفظِ الجمعِ، وأقَلُّه ثلاثةٌ إلا ابنَ السّبيلِ، وهو المُرادُ فيه أيضًا، وإنّما أُفرِدَ لِما مَرَّ فيه على أنّ إضافَتَه للمعرِفةِ أوجَبَتْ عمومَه فكان في معنى الجمعِ، وكذا قولُه: في سبيلِ اللّه نعم، يَجوزُ اتّحادُ العامِلِ فإنْ أخلَّ بصِنفٍ غَرِمَ له حِصَّتَه أو ببعضِ الثلاثةِ مع القُدْرةِ عليه غَرِمَ له أقَلَّ مُتَمَوَّلٍ نعم، الإمامُ إنّما يضمنُ مِمّا عندَه من الزّكاةِ، ثمّ التّفصيلُ بين

وتَجِبُ التَّسْويةُ بين الأَصْنافِ. لا بين آحادِ الصِّنْفِ، إلّا أنْ يَقْسِمَ الإمامُ فَيَحْرُمُ عليه التَّفْضيلُ مع تَساوي الحاجاتِ. والأَظْهَرُ مَنْعُ نَقْلِ الزّكاةِ.

المحصورِ المذكورِ، وغيرِه إنّما هو بالنّسبةِ لِلتعميمِ وعدمِه أمّا بالنّسبةِ للملكِ فمتى وُجِدَ وقتُ الوجوبِ من كلِّ صِنْفٍ ثلاثةٌ فأقَلُّ مَلَكوها، وإنْ كانوا ورَثةَ المُزَكّي بنفسِ الوجوبِ ملكًا مُستَقِرًّا يورَثُ عنهم، وإنْ كان ورَثَتُهم أغنياءَ، أو المالِكُ وحينئذٍ تسقطُ الزّكاةُ عنه، والنّيّةُ لِسُقوطِ الدفعِ لا لِتعذُّرِ أخذِه من نفسِه لِنفسِه، ولم يُشارِكْهم مَنْ حَدَثَ ولَهم التّصَرُّفُ فيه قبلَ قبضِه إلا بالاستبدالِ عنه، والإبراءِ منه، وإنْ كان هو القياسُ؛ لأنّ الغالِبَ على الزّكاةِ التّعَبُّدُ كما أشارَ إليه ابنُ الرِّفعةِ، ولو انحَصَرَ صِنفٌ، أو أكثرُ دون البقيّةِ أُعْطيَ كلٌّ حكمَه، ومَرَّ في الوكالةِ جوازُ التوكيلِ في قبضِها بما فيه، وهنا أنّهم يملكون على قدرِ كِفايَتِهم؛ لأنها المُرجحةُ في هذا البابِ كما عَلِمْته مِمّا مَرَّ ويأتي.

(وتجبُ التّسويةُ بين الأصنافِ) سواءٌ أقَسَمَ المالِكُ أم العامِلُ، وإنْ تَفاوَتَتْ حاجَتُهم؛ لأنّ ذلك هو قضيّةُ الجمعِ بينهم بواوِ التّشريكِ نعم، حيثُ استَحَقَّ العامِلُ لم يَزِدْ على أُجْرةِ مثلِه فإنْ زادَ الثّمَنُ عليها رُدَّ الزّائِدُ للباقي على ما يأتي، أو نَقَصَتْ تُمِّمَ من الزّكاةِ، أو من بيت المالِ كما مَرَّ ولو نَقَصَ سهْمُ صِنفٍ آخرَ عن كِفايَتِهم، وزاد سهْمُ صِنفٍ آخرَ رُدَّ فاضِلُ هذا على أولَئِك كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي، ووقع في تصحيحِ التنبيه تصحيحُ نَقْلِه لأولَئِك الصِّنفِ، والمعتمدُ خلافُه (لا بين آحادِ الصِّنفِ) فلا تجبُ التّسويةُ إنْ قسَمَ المالِكُ لِعدمِ انضِباطِ الحاجات التي من شأنِها التّفاوُتُ، لكن يُسَنُّ التّساوي إنْ تَساوَتْ حاجَتُهم، وفارَقَ هذا ما قبله بأنّ الأصنافَ محصورون في ثمانيةٍ، فأقَلُّ وعددُ كلِّ صِنفٍ غيرُ محصورٍ غالِبًا فسَقَطَ اعتبارُه وجازَ التّفْضيلُ (إلا أنْ يقسِمَ الإمامُ)، أو نائِبُه وهناك ما يَسُدُّ مَسَدًّا لو وُزِّعَ (فيحرُمُ عليه التّفضيلُ مع تَساوي الحاجات) على المعتمدِ لِسُهولةِ التّساوي عليه؛ ولأنّ عليه التعميمَ كما مَرَّ، فكذا التّسويةُ بخلافِ المالِكِ فيهما أمّا لو اختلفت الحاجاتُ فيُراعيها، وإذا لم تجب التّسويةُ فالمُتَوَطِّنون أولى (والأظهرُ) وإنْ نُقِلَ مُقابِلُه عن أكثرِ العُلَماءِ وانتُصِرَ له (مَنعُ نَقلِ الزّكاةِ) لِغيرِ الغازي على ما مَرَّ فيه عن مَحَلِّ المُؤَدَّى عنه من الفطرةِ والمالِ الذي وجَبَتْ فيه، وهو فيه مع وجودِ مُستَحِقٍّ به إلى مَحَلٍّ آخرَ به مُستَحِقٌّ لِتُصْرَفَ إليه ما لم يقرُبْ منه أي: بأنْ نُسِبَ إليه عُرْفًا بحيثُ يُعَدُّ معه بَلَدًا واحدًا، وإنْ خرج عن سورِه وعُمْرانِه فيما يظهرُ ثمّ رأيت أبا شُكَيْلٍ قال: ومَحَلُّ المنْعِ في غيرِ سوادِ البلَدِ وقُراه فلا خلافَ في جوازِه فيه ا هـ.

والظّاهرُ أنّ مُرادَه بذلك ما ذكرْته، وإلا فهو بَعيدٌ مِمّا يَرِدُ نفيُه للخلافِ بل وما بحثه قولُ الشيخِ أبي حامِدٍ لا يَجوزُ لِمَنْ في البلَدِ أنْ يدفع زكاتَه لِمَنْ هو خارجُ السّورِ؛ لأنّه نَقلٌ لِلزّكاةِ ا هـ.

لكن فيه حَرَجٌ شَديدٌ، فالوجه ما ذكرْته؛ لأنّه ليس فيه إفراطُ أبي حامِدٍ ولا تفريطُ أبي شُكَيْلٍ فتأمّلْه، ثمّ رأيت الزّركشيَّ في شرحِه نَقَلَ عن الشيخِ وابنِ الصّبّاغِ أنّهما ألحقا سوادَ البلَدِ إلى دونِ

....

مَسافة القصْرِ بحاضِرِيه كما في الخيامِ أي: الحِلَلِ المُتَفَرِّقة غيرِ المُتمايِزةِ لِمَنْ قد ينتَجِعون عندَ الحاجةِ إذْ هَؤُلاءِ هم الذين يتقيَّدون بدونِ مَسافة القصْرِ كما يأتي، وهذه المقالةُ لإفادَتها أنّ المُعَدّين من سوادِ بَلَدٍ، وإنْ تَفَرَّقت مَنازِلُهم إلى دونِ مَرْحلَتَين يُنْقَلُ إليهم فقط فيها تقييدٌ لِمَقالةِ أبي شُكَيْلٍ ومع ذلك فالوجه ضَعْفُها أيضًا ثمّ ما ذُكِرَ عن الشيخِ هنا يُنافيه ما مَرَّ عنه فلَعَلَّ كلامَه اختلف، وإذا مَنَعْنا النَّقْلَ حَرُمَ، ولم يَجُزْ لِخبرِ الصّحيحَين «تُؤْخَذُ من أغنيائِهم فتُرَدُّ على فُقَرائِهم»(١) ونُظِرَ في وجه دَلالَته أي: لأنّ الظّاهرَ أنّ الضّميرَ لِعمومِ المسلمين، ولامتدادِ أطماعِ مُستَحِقّي كلِّ مَحَلٍّ إلى ما فيه من الزّكاةِ، والنَّقْلُ يوحِشُهم وبه فارَقت الزّكاةُ الكفّارةَ والنّذْرَ والوصيّةَ ووَقْفًا لِفُقَراءَ، أو مَساكين إذا لم يَنُصَّ نحوُ الواقِفِ فيه على نَقْلٍ، أو غيرِه وعُلِمَ من إناطةِ الحكمِ ببَلَدِ المالِ لا المالِكِ أنّ العبرةَ ببَلَدِ المدينِ لا الدّائِنِ لكن قال بعضُهم: له صَرْفُها في أيِّ بَلَدٍ شاءَ.

وقد يوَجَّه بأنّ ما في الذّمّةِ لا يوصَفُ بأنّ له مَحَلًّا مخصوصًا؛ لأنّه أمرٌ تقديريٌّ لا حِسّيٌّ فاستَوَت الأماكِنُ كلُّها إليه فيُخَيَّرُ مالِكُه، ومَحَلُّه في دَيْنٍ يلزمُ المالِكَ الإخراجُ عنه، وهو في الذّمّةِ، وإلا فيُحْتَمَلُ أنّ العبرةَ بمَحَلِّ قبضِه منه فحينئذٍ يُخَرَّجُ على مُستَحِقّيه جميعُ زكاةِ السّنين السّابِقة ويُحْتَمَلُ أنّه كالأوّلِ فيتخَيَّرُ هنا أيضًا؛ لأنّه بالقبضِ تَبَيَّنَ تعلُّقُ وجوبِ كلِّ حَوْلٍ مَرَّ به.

وقد كان حينئذٍ غيرَ موجودٍ حِسًّا فتَخَيَّرَ هنا أيضًا، والكلامُ في المالِكِ المُقيمِ ببَلَدٍ، أو باديةٍ لا يَظْعَنُ عنها أمّا الإمامُ فله نَقْلُها مُطْلَقًا لِما مَرَّ أنّ الزّكوات كلَّها في يَدِه كزكاةٍ واحدةٍ، وكذا السّاعي، بل يلزمُه نَقْلُها للإمامِ إذا لم يأذَنْ له في تفرِقَتها ومثلُه قاضٍ له دَخْلٌ فيها بأنْ لم يوَلِّها الإمامُ غيرَه، ولِمَنْ جازَ له النّقْلُ أنْ يأذَنَ للمالِكِ فيه على الأوجه؛ لكن لا ينقُلُ إلا في عَمَلِه لا خارجَه كما يُؤْخَذُ مِمّا مَرَّ في زكاةِ الفطرِ، وقد يَجوزُ للمالِكِ أيضًا كما إذا كان له بكلِّ مَحَلٍّ عِشرون شاةً فله مع الكراهةِ إخراجُ شاةٍ بأحدِهما حَذَرًا من التّشقيصِ وكأنّ حالَ الحوْلُ والمالُ بباديةٍ لا مُستَحِقَّ بها فيُفَرِّقُه في أقرَبِ مَحَلٍّ إليه به مُستَحِقٌّ، ولِلمُنْتَجِعَين من أهلِ الخيامِ الذين لا قرارَ لهم صَرْفُها لِمَنْ معهم ولو بعضَ صِنْفٍ كمَنْ بسَفينةٍ في اللُّجّةِ فيما يظهرُ، فإنْ فُقِدوا فلِمَنْ بأقرَبِ مَحَلٍّ إليهم عندَ تمامِ الحوْلِ، فإنْ تعذَّرَ الوُصولُ للأقرَبِ، فهل يُنْقَلُ للأقرَبِ إلى ذلك الأقرَبِ وهَكذا، أو يُحْفَظُ حتى يتيَسَّرَ الوُصولُ إليهم كلٌّ مُحْتَمَلٌ ولو قيلَ: إنْ رَجا الوُصولَ عن قُربٍ انْتُظِرَ، وإلا نُقِلَ لَكان أوجَهَ ولو استَوَى بَلَدانِ في القُربِ إليه، فالذي يظهرُ أنّهما كبَلَدٍ واحدةٍ، فيَجْري في مُستَحِقّيهما ما مَرَّ في مُستَحِقِّ بَلَدٍ واحدةٍ، والحِلَلُ المُتمايِزةُ بنحوِ ماءٍ ومَرْعًى لِكلٍّ كلُّ حِلّةٍ منها كبَلَدٍ فيحرُمُ النّقْلُ إليها، وغيرُ المُتمايِزةِ له النّقْلُ إليها لِمَنْ بدونِ مَسافة القصْرِ من مَحَلِّ الوجوبِ.

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ١٣٣١]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٩]، وغيرهما من حديث: ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

ولو عُدِمَ الأصْنافُ في البلَدِ وجَبَ النّقْلُ، أو بعضُهم وجوَّزْنا النّقْلَ وجَبَ، وإلّا فَيُرَدُّ على الباقينَ، وقيلَ يُنْقَلُ. وَشَرْطُ السّاعي كَوْنُه حُرًّا عَدْلاً فَقيهًا بأبْوابِ الزّكاةِ فإنْ عُيِّنَ أخْذٌ ودَفْعٌ لم يُشْتَرَط الفِقْهُ، ....

(ولو عَدِمَ الأصنافَ في البلَدِ) أي: بَلَدِ الوجوبِ، أو فضَلَ عنهم شيءٌ (وجَبَ النّقلُ) لها، أو للفاضِلِ إلى مثلِهم بأقرَبِ مَحلٍّ لِمَحَلِّ المالِ، فإنْ جاوَزَه حَرُمَ ولم يَجُزْ كالنّقْلِ ابتداءً، وإنّما لم يَجُزْ نَقْلُ دَم الحرَمِ مُطْلَقًا، بل يُحفَظُ لِوجودِ مَساكينِه؛ لأنّه وجَبَ لهم بالنّصِّ فهو كمَنْ نَذَرَ تَصَدُّقًا على فُقَراءِ بَلَدٍ كذا ففُقِدوا يُحْفَظُ حتى يوجَدوا، والزّكاةُ ليس فيها نصٌّ صريحٌ بتخصيصِها بالبلَدِ وإذا جازَ النّقْلُ فمُؤْنةٌ على المالِكِ قبلَ قبضِ السّاعي وبعدَه في الزّكاةِ، فيُباعُ منها ما يَفي بذلك كما لو خَشيَ وُقوعَها في خطرٍ، أو احتاجَ لِرَدِّ جُبْرانٍ (أو) عَدِمَ (بعضُهم) من بَلَدِ المالِ ووُجِدَ بغيرِه، أو فضَلَ عنه شيءٌ بأنْ وُجِدوا كلُّهم، وفَضَلَ عن كِفايةِ بعضِهم شيءٌ، أو وُجِدَ بعضُهم وفَضَلَ عن كِفايةِ بعضِه شيءٌ (وجوَّزْنا النقْلَ) مع وجودِهم (وجَبَ) النّقْلُ لِذلك الصِّنْفِ بأقرَبِ بَلَدٍ إليه (وإلا) نُجوِّزْه كما هو الأصحُّ (فيَرِدُ) بالنّصْبِ وجوبًا نصيبُ المفقودِ من البعضِ، أو الفاضِلُ عنه، أو عن بعضِه (على الباقين) إنْ نَقَصَ نصيبُهم عن كِفايَتِهم ولا يُنْقَلُ إلى غيرِهم لانحِصارِ الاستحْقاقِ فيهم فإنْ لم ينقُصْ نَقَله لِذلك الصِّنْفِ بأقرَبِ بَلَدٍ إليه (وقيلَ: ينقُلُ) إلى أقرَبِ مَحَلٍّ إليه لِلنّصِّ.

على استحْقاقِهم فيُقَدَّمُ على رِعايةِ المكانِ النّاشِئةِ عن الاجتهادِ ويُرَدُّ بأنّ النّصَّ لو سلِمَ عمومُه كان في عمومِه في الأمكِنةِ خلافٌ فليس صريحًا في مَحَلِّ النّزاعِ.

(فرع): إذا امتنع المُستَحِقّون من أخذِ الزّكاةِ قوتلوا لِتعطيلِهم هذا الشّعارَ العظيمَ كتعطيلِ الجماعةِ بناءً على أنّها فرضُ كِفايةٍ بل أولى، ولو قال: فُرِّقَ هذا على المساكينِ لم يدخلْ فيهم هو ولا مُمَوِّنُه، وإنْ نصَّ على ذلك.

(وشرطُ السّاعي) وصْفٌ بأحدِ أوصافِه السّابِقة (كونُه حُرًّا) ذكرًا (عَدْلاً) في الشّهادةِ؛ لأنّها وِلايةٌ ليس من ذَوي القُربى ولا من مَواليهم ولا من المُرْتَزِقة ومَرَّ أنّه يُغْتَفَرُ في بعضِ أنواعِ العامِلِ كثيرٌ من هذه الشُّروطِ؛ لأنّ عَمَله لا وِلايةَ فيه بوجهٍ فكان ما يأخُذُه محضَ أُجْرةٍ (فقيهًا بأبوابِ الزّكاةِ) فيما تَضمَّنَتْه وِلايتُه ليعرِفَ ما يأخُذُه، ومَنْ يدفَعُ له (فإنْ عَيَّنَ له أخذَ ودفع) بأنْ نصَّ له على مأخوذٍ بعَينه ومَدْفوعٍ إليه بعَينه (لم يُشتَرَطْ) فيه كأعوانِه من نحوِ كاتبٍ وحاسِبٍ ومُشْرِفٍ (الفِقْه) ولا الحُرّيّةُ أي: ولا الذُّكورةُ كما أفْهَمَه كلامُ الماوَرْديِّ، وهو مُتَّجَهٌ؛ لأنّها سِفارةٌ لا وِلايةٌ نعم، لا بُدَّ من الإسلام كغيرِه من بَقيّةِ الشُّروطِ؛ لأنّ فيه نَوْعَ وِلايةٍ، وقولُ الأحكامِ السُّلْطانيّةِ لا يُشْتَرَطُ الإسلامُ حَمَلَه الأذرَعيُّ على أخذٍ من مُعَيَّنٍ وصَرْفٍ لِمُعَيَّنٍ؛ لأنّه حينئذٍ محضُ استخْدامٍ لا وِلايةَ فيه أي: لأنّه لَمّا عَيَّنَ له الثلاثةَ المأخوذَ والمأخوذَ منه، والمدْفوعَ إليه لم يَبْقَ له دَخلٌ بوجهٍ بخلافِه فيما مَرَّ في قولِنا: بأنْ نصَّ له إلى آخِرِه؛ لأنّه لَمّا لم يُعَيِّنْ له المأخوذَ منه كان له نَوْعَ وِلايةٍ كما تقرّر، ويتأيَّدُ حملُه

وَلْيُعْلِم شَهْرًا لأخذِها. وَيُسَنُّ وسْمُ نَعَمِ الصَّدَقةِ والفيْءِ في مَوْضِعٍ لا يَكْثُرُ شَعْرُه، ويُكْرَه في الوجْهِ.
قُلْتُ: الأَصَحُّ يَحْرُمُ وبِه جَزَمَ البغَوِيّ وفي صَحيحِ مُسْلِمٍ لَعْنُ فاعِلِه، واللَّه أعْلَمْ.

المذكورُ بأنّه يَجوزُ توكيلُ الآحادِ له في القبضِ والدفعِ، ويجبُ على الإمامِ، أو نائبه بَعْثُ السُّعاةِ لأخذِ الزّكوات، (ولْيُعلِم) الإمامُ، أو السّاعي نَدْبًا (شهرًا لأخذِها) أي: الزّكاةِ ليتهَيَّأ ذَوو الأموالِ لِدَفْعِها والمُستَحقّون لِقبضِها والمُحَرَّمُ أولى؛ لأنّه أوّلُ السّنةِ الشرعيّةِ، ومَحَلُّ ذلك فيما يُعْتَبَرُ فيه الحوْلُ المختَلِفُ في حَقِّ النّاسِ بخلافِ نحوِ زَرْعٍ وثمرٍ لا يُسَنُّ فيه ذلك، بل يَبْعَثُ العامِلَ وقتَ وجوبه من اشتدادِ الحبِّ وإدْراكِ الثمَرِ، وهو لا يختلفُ غالِبًا في النّاحيةِ الواحدةِ كثيرَ اختلافٍ، ومعلومٌ مِمّا مَرَّ أنّ مَنْ تَمَّ حَوْلُه ووَجَدَ المُستَحِقَّ ولا عُذْرَ له يلزمُه الأداءُ فوْرًا ولا يَجوزُ التّأخيرُ للمُحَرَّمِ ولا لِغيرِه.

(ويُسَنُّ وسمُ نَعَمِ الصّدَقة والفيْءِ) وخيلِه وحُمُرِه وبِغالِه وفيلَته لِلاتِّباعِ في بعضِها وقياسًا في الباقي، ولِتَتَمَيَّزَ حتى يَرُدَّها واجدُها، ولِئَلّا يتملَّكها المُتَصَدِّقُ بعدُ فإنّه يُكْرَه لِمَنْ تَصَدَّقَ بشيءٍ أنْ يتمَلَّكه مِمَّنْ دفعه له بغيرِ نحوِ إرْثٍ أمّا نحوُ نَعَمِ غيرِهِما فيُباحُ وسمُه، وهو بمُهْمَلةٍ، وقيلَ: مُعْجَمةٍ التّأثيرُ بنحوِ كيٍّ، وقيلَ: المُهْمَلةُ للوجه والمُعْجَمةُ لِسائِرِ البدَنِ ويكونُ نَدْبًا (في موضِعٍ) ظاهرٍ صُلْبٍ (لا يَكْثُرُ شَعْرُه) ليظهرَ والأولى وسمُ الغنَمِ في الأُذُنِ وغيرِها في الفخِذِ، وكونُ ميسَمِ الغنَمِ ألطَفَ وفوقَه البقَرُ وفوقَه الإبِلُ، وبحث أنّ ميسَمَ الخيلِ فوقَ ميسَمِ الحُمُرِ، ودون ميسَمِ البَقرِ والبِغالِ، ويظهرُ أنّ الفيلَ فوقَ الإبِلِ، وكتْبُ صَدَقة أو زكاةٍ في الزّكاةِ، وكذا اللّه بل هو أبرَكُ وأولى؛ لأنّ الغرَضَ منه مع التّبَرُّكِ التمييزُ لا الذِّكْرُ، فلا نَظَرَ لِتَمَرُّغِها به في النّجاسةِ، وقد مَرَّ أنّ قصْدَ غيرِ الدِّراسةِ بالقُرآنِ يُخْرِجُه عن حرمَته المقتضيةِ لِحرمةِ مَسِّه بلا طُهْرٍ، وبه يُرَدُّ ما للإسنَويِّ، ومَنْ تَبِعَه هنا وكتْبُ جِزْيةٍ، أو صِغارٍ في الجِزْيةِ وفي نَعَم بَقيّةِ الفيْءِ فيْءٍ، ويكفي كتْبُ حرفٍ كبيرٍ ككافِ الزّكاةِ (ويُكْرَه) الوسمُ لِغيرِ آدَميٍّ (في الوجه) لِلنّهْيِ عنه (قُلْت الأصحُّ تحريمُه، وبه جَزَمَ البغَويّ وفي صحيحِ مسلمٍ) خبرٌ فيه (لَعْنُ فاعِلِه)، وهو مَرَّ ﷺ بحِمارٍ وقد وُسِمَ في وجهِه فقال: «لَعَنَ اللّه الذي وسَمَه»[1] وحينئذٍ فمَنْ قال بالكراهةِ أرادَ كراهةَ التحريمِ، أو لم يَبْلُغْه هذا، (واللّه أعلمُ) أمّا وسمُ وجه الآدَميِّ، ومَنْعُ ما يُفْعَلُ بوجه بعضِ الأرِقّاءِ بل الوجه أنّ التقييدَ بالوجه ليس إلا لِكونِ الكلامِ فيه إذْ لا مَزيّةَ في حرمَته بغيرِ الوجه أيضًا؛ لأنّ التعذيبَ بالنّارِ، أو غيرِها لا يَجوزُ إلا إنْ ورَدَ كما في الوسمِ هنا، أو كان لِضَرورةٍ تَوَقَّفت عليه فقط كالتّداوي بالنّجاسةِ، بل أولى فحرامٌ إجماعًا، وكذا ضَرْبُ وجهِه كما يأتي في الأشربةِ، ويحرُمُ الخِصاءُ إلا لِصِغارِ المأكولِ، ويظهرُ ضَبْطُ الصِّغَرِ بالعُرْفِ، أو بما يُسرِعُ معه البُرْءُ، ويَخِفُّ الألَمُ وقد يرجعُ لِما قبله، وبحث الأذْرَعيُّ تَحريمَ إنْزاءِ

---

(١) [صحيح] أخرجه: مسلم في (صحيحه) [رقم/ ٢١١٧]، وغيره من حديث: جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

فَصلٌ

صَدَقةُ التَّطوُّعِ سُنّةٌ: وتَحِلُّ لِغَنيٍّ، ....

الخيلِ على البقرِ لِكِبَرِ آلَتها، ويُؤخَذُ منه أنّ كلَّ إنْزاءٍ مُضِرٌ ضَرَرًا لا يُحتَمَلُ عادةً كذلك، وبه يُرَدُّ التنظيرُ في قولِ شارحٍ يُلْحَقُ إنْزاءُ الخيلِ على الحميرِ بعكسِه في الكراهةِ نعم، إنْ لم يحتَمِل الأتانُ الفرَسَ لِمَزيدِ كِبَرِ جُثّته اتَّجهَت الحرمةُ.

فصل في صَدَقة التّطوُّعِ

وهي المُرادةُ عندَ الإطلاقِ غالِبًا.

(صَدَقة التّطوُّعِ سُنّةٌ) مُؤَكّدةٌ للآيات والأحاديثِ الكثيرةِ الشّهيرةِ فيها منها الخبرُ الصّحيحُ «كلُّ امرِئٍ في ظِلِّ صَدَقَته حتى يُفصَلَ بين النّاسِ»(١) وقد تَحْرُمُ كأنْ علم كذا وكذا إنْ ظَنّ فيما يظهرُ من الآخِذِ أنّه يَصْرِفُها في معصيةٍ لا يُقالُ: تجبُ للمُضْطَرِّ لِتصريحِهم بأنّه لا يجبُ البذْلُ له إلا بثمنِه ولو في الذِّمّةِ لِمَنْ لا شيءَ معه نعم، مَنْ لا يتأهَّلُ لِلالتزام يُمْكِنُ جَرَيانُ ذلك فيه حيثُ لم ينوِ الرُّجوعَ وسيأتي في السِّيَرِ أنّه يلزمُ المياسيرَ على الكِفايةِ نحوُ إطعامِ المُحْتاجين (وتَحِلُّ لِغَنيٍّ) للخبرِ الصّحيحِ به ويُكْرَه له، وإنْ لم يَكْفِه مالُه، أو كسبُه إلا يومًا وليلةً، ويظهرُ أخذًا مِمّا مَرَّ آنِفًا أنّه لا عبرةَ بكسبِ حرام، أو غيرِ لائِقٍ به أخذُها، والتّعرُّض له إنْ لم يُظْهِر الفاقة، أو يسأل وإلا حَرُمَ عليه قبولُها، واستَثْنَى في الإحياءِ من تَحْريم سُؤالِ القادِرِ على الكسبِ ما إذا كان مُستَغْرِقَ الوقت في طَلَبِ العلمِ، وفيه أيضًا سُؤالُ الغنيِّ حرامٌ بأنْ وجد ما يكفيه هو ومُمَوِّنُه يومَهم وليلَتَهم وسُتْرَتَهم وآنيةً يحتاجون إليها، وهل له سُؤالُ ما يحتاج إليه بعدَ يومٍ وليلةٍ؟ يُنْظَرُ إنْ كان السُّؤالُ مُتيَسِّرًا عندَ نَفادِ ذلك لم يَجُزْ، وإلا جازَ أنْ يَطْلُبَ ما يحتاجُ إليه لِسَنةٍ. اهـ.

ونازع الأذرَعِيُّ في التحديدِ بالسّنةِ وبحث جوازَ طَلَبِ ما يحتاجُ إليه إلى وقتٍ يعلَمُ عادةً تَيَسُّرَ السُّؤالِ والإعطاءِ فيه لا يحرُمُ على مَنْ علم غِنَى سائِلٍ، أو مُظْهِرٍ للفاقة الدفعُ إليه فيما يظهرُ خلافًا للأذرَعيِّ؛ لأنّ الحرمةَ إنّما هي لِتَغْريرِه بإظْهارِ الفاقة مَنْ لا يُعْطيه لو علم غِناه فمَنْ علمه، وأعطاه لم يحصُلْ له تَغْريرٌ، ثمّ رأيت بعضَهم رَدَّ عليه بتصريحِ شرحِ مسلم بعدم الحرمةِ، وظاهرٌ أنّ سُؤالَ ما اعْتيدَ سُؤالُه بين الأصدِقاءِ، ونحوِهم مِمّا لا يُشَكُّ في رِضا باذِلِه، وإنْ عُلِمَ غِنَى آخِذِه كقَلَم، وسِواكٍ لا حرمةَ فيه لاعتِيادِ المُسامَحةِ به، ومَنْ أُعْطيَ لِوَصْفٍ يُظَنُّ به كفَقْرٍ، أو صلاحٍ، أو نَسَبٍ بأنْ تَوَفَّرَت القرائِنُ أنّه إنّما أُعْطيَ بهذا القصْدِ، أو صرّح له المُعْطي بذلك، وهو باطِنًا بخلافِه حَرُمَ عليه الأخذُ مُطْلَقًا، ومثلُه ما لو كان به وصْفٌ باطِنًا لو اطَّلَعَ عليه المُعْطي لم يُعْطِه، ويَجْري ذلك في الهديّةِ أيضًا

(١) [صحيح] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٤/ ١٤٧]، وابن خزيمة في (صحيحه) [رقم/ ٢٤٣١]، والحاكم في (المستدرك على الصحيحين) [١/ ٥٧٦]، وغيرهم من حديث: عقبة بن عامر ﷺ.

قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان) للألباني [رقم/ ٥١٤٢].

وكافِرٍ. وَدَفْعُها سِرًّا.

على الأوجَه، ومثلُها سائِرُ عُقودِ التبرُّعِ فيما يظهرُ كهِبةٍ ووَصيّةٍ ووَقْفٍ ونذرٍ وبحث الأذرعيُّ نَدْبَ التنَزُّه للفَقيرِ عن قبولِ صَدَقة التطَوُّعِ إلا إنْ حَصَلَ للمُعْطي نحوُ تأذٍّ، أو قطع رَحِم، وقد يُعارِضُه الخبرُ الصّحيحُ «ما أتاك من هذا المالِ، وأنتَ غيرُ مُستَشرِفٍ ولا سائِلٍ فخُذْه»[١] إلا أنْ يُجابَ بحملِ البحثِ على ما إذا كان في الأخذِ نحوُ شَكٍّ في الحِلِّ، أو هَتْكٌ للمُروءةِ، أو دَناءةٌ في التّناوُلِ، وفي شرحِ مسلمٍ وغيرِه متى أذَلَّ نفسَه، أو ألَحَّ في السُّؤالِ، أو آذَى المسئولَ حَرُمَ اتّفاقًا أي: وإنْ كان مُحتاجًا كما أفتى به ابنُ الصّلاحِ وفي الإحياءِ متى أخذَ مَنْ جوَّزْنا له المسألةَ عالِمًا بأنّ باعِثَ المُعْطي الحياءُ منه، أو من الحاضِرين ولولاه لَما أعطاه فهو حرامٌ إجماعًا، ويلزمُه رَدُّه اهـ، وحيثُ حَرُمَ الأخذُ لم يملكْ ما أخذَه؛ لأنّ مالِكه لم يرضَ ببَذْلِه له وذَهَبَ الحليميُّ إلى حرمةِ السُّؤالِ باللّه تعالى إنْ أدّى إلى تَضَجُّرٍ، ولم يأمَنْ أنْ يَرُدَّه وإلى أنّ رَدَّ السّائِلِ صَغيرةٌ ما لم ينهَرْه، وإلا فكبيرةٌ اهـ.

ويُحْمَلُ الأوّلُ على ما إذا آذَى بذلك المسئولَ إيذاءً لا يُحْتَمَلُ عادةً، والثاني على نحوِ مُضْطَرٍّ مع العلمِ بحالِه، وإلا فعمومُ ما قاله غَريبٌ، وقد أطلقوا أنّه يُكْرَه سُؤالُ مخلوقٍ بوجه اللّه لِخبرِ أبي داوُد «لا يُسألُ بوجه اللّه إلا الجنّةُ»[٢] وقضيّتُه أنّ السُّؤالَ باللّه من غيرِ ذِكْرِ الوجه لا كراهةَ فيه، وفيه نَظَرٌ إذِ الوجه بمعنى الذّات فتَساوَيا إلا أنْ يُقال: إنّ ذِكْرَ الوجه فيه من الفخامةِ ما يُناسِبُ أنْ لا يُسألَ به إلا الجنّةُ بخلافِ ما إذا حُذِفَ، ويظهرُ أنّ سُؤالَ المخلوقِ بوجه اللّه ما يُؤدّي إلى الجنّةِ كتعليم خبرٍ لا يُكْرَه، وأنّ سُؤالَ اللّه بوجهِه ما يتعلّقُ بالدُّنْيا يُكْرَه كما دَلَّ عليه الحديثُ، وقد بَسَطْت الكلامَ على ذلك في شرحِ المِشْكاةِ، (وكافِرٍ) ولو حربيًّا لِخبرِ الصّحيحَين «في كلِّ كبِدٍ رَطْبةٍ أجرٌ»[٣] وخبرِ «لا يأكلُ طَعامَك إلا تَقيٌّ»[٤] المُرادُ به أنّ الأولى تَحرّي الأتقياءِ، ويأتي مَنْعُ إعطائِه من أُضحيّةِ التّطَوُّعِ (ودفعُها سِرًّا) أفْضَلُ منه جَهرًا الآيةُ ﴿إِن تُبۡدُواْ ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة:٢٧١] ولأنّ مخفيَها بحيثُ لا تعلَمُ شِمالُه ما أنْفَقت يَمينُه كِنايةٌ عن المُبالَغةِ في إخفائِها من السّبْعةِ الذين يُظِلُّهم اللّه في ظِلِّه يومَ لا ظِلَّ إلا ظِلُّه وفي حديثٍ سندُه حَسَنٌ «صَنائِعُ المعروفِ تَقي مَصارِعَ السّوءِ، وصَدَقة السِّرِّ تُطفِئُ غَضبَ

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٦٧٤٤]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٠٤٥]، وغيرهما من حديث: عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٢) [ضعيف] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ١٦٧١]، وغيره من حديث: جابر بن عبد الله رضي الله عنه.
قلتُ: حديث ضعيف. ينظر: (ضعيف سنن أبي داود) للألباني [رقم/ ٣٦٨].

(٣) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٢٢٣٤]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ٢٢٤٤]، وغيرهما من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) [حسن] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٤٨٣٢]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ٢٣٩٥]، وابن حبان في (صحيحه) [رقم/ ٥٥٤]، وغيرهم من حديث: أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.
قلتُ: حديث حسن. ينظر: (صحيح الترغيب والترهيب) للألباني [رقم/ ٣٠٣٦].

وَفي رَمَضانَ. وَلِقَرِيبٍ، وَجارٍ أَفْضَلُ. وَتُسَنُّ الصَّدَقَةُ بالماءِ، لِخَبَرِ: (أَيُّ الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ؟ قال: «الماءُ») أَيْ في الأَماكِنِ المُحْتاجِ إليه فيها أَكْثَرَ من غيرِهِ.

الرّبَّ، وصِلةُ الرّحِمِ تَزيدُ في العُمُرِ»[1] وإبداؤُها ليقتديَ به غيرُه لا لِغَرَضٍ آخرَ حَسَنٌ بل قال ابنُ عبدِ السّلام: إنّه لِمقصِدٍ صالِحٍ أفْضَلُ، وسبقَه إليه الغزاليُّ بشرطِ أنْ لا يتأذّى الآخِذُ بالإظْهارِ أمّا الزّكاةُ، فإظْهارُها أفْضَلُ إجماعًا كما في المجموعِ قال الماوَرْديُّ: إلا المالَ الباطِنَ أي: إنْ خَشيَ محذورًا وإلا فهو ضعيفٌ (و) دَفْعُها (في رَمَضانَ) لا سيَّما عَشرةُ الأُخَرَ أفْضَلُ لِخبرِ أبي داوُد «أيُّ صَدَقة أفضلُ قال: في رَمَضانَ» ولِعَجْزِ الفُقَراءِ عن التّكسُّبِ فيه، ويَليه عَشْرُ الحِجّةِ فيما يظهرُ، وفي الأماكِنِ الشّريفة كمكّةَ ثمّ المدينةِ، وعندَ الأمرِ المُهِمِّ كغَزْوٍ وحَجٍّ ومَرَضٍ وسَفَرٍ وكُسوفٍ واستسقاءٍ أفْضَلُ، وليس المُرادُ بذلك أنّ مَنْ أرادَ صَدَقة يُسَنُّ له تأخيرُها لِشيءٍ مِمّا ذُكِرَ، بل الاعتناءُ عندَ وجودِ ذلك بالإكْثارِ منها فيه؛ لأنّه أعظَمُ أجرًا وأكثرُ فائِدةً (و) دَفْعُها (لِقَريبٍ) تَلْزَمُه نفقتُه أوّلاً الأقربُ فالأقربُ من المحارِمِ، ثمّ الزوجُ، أو الزوجةُ ثمّ غيرَ المحرَمِ، والرّحِمُ من جِهةِ الأبِ، ومن جِهةِ الأُمِّ سواءٌ، ثمّ محرَمُ الرّضاعِ، ثمّ المُصاهَرةِ، ثمّ المولى من أعلى، ثمّ من أسفَلَ أفْضَلُ، ويَجْري ذلك في نحوِ الزّكاةِ أيضًا إذا كانوا بصِفة الاستحْقاقِ، والعدوُّ من الأقارِبِ أولى لِخبرٍ فيه وأُلْحِقَ به العدوُّ ومن غيرِهم (و) دَفْعُها بعدَ القريبِ إلى (جارٍ أفْضَلُ) منه لِغيرِه فعُلِمَ أنّ القريبَ البعيدَ الدّارِ في البلَدِ أفْضَلُ من الجارِ الأجنَبيِّ، وفي غيرِها الجارُ أولى منه بناءً على مَنْعِ نَقْلِ الزّكاةِ، وأهلُ الخيرِ والمُحْتاجون أولى من غيرِهم مُطْلَقًا.

(فرع): قال في المجموعِ عن الشيخِ أبي حامِدٍ وأقرَّه يُكرَه الأخذُ مِمَّنْ بيَدِه حَلالٌ وحرامٌ كالسُّلْطانِ الجائِرِ وتختَلِفُ الكراهةُ بقِلّةِ الشُّبْهةِ وكثرَتها، ولا يحرُمُ إلا إنْ تَيَقَّنَ أنّ هذا من الحرامِ الذي يُمْكِنُ معرِفة صاحِبه أي: لِيَرُدَّه عليه، وإلا فبَدَله لِما مَرَّ في الغصبِ أنّ مَنْ مَلَك بالخلْطِ يُحْجَرُ عليه في التّصرُّفِ فيه حتى يُعْطى البدَلَ.

وقولُ الغزاليِّ يحرُمُ الأخذُ مِمَّنْ أكثرُ مالِه حرامٌ، وكذا مُعامَلَتُه شاذٌّ انفرَدَ به أي: على أنّه في بَسيطِه جَرى على المذهبِ فجعلَ الورَعَ اجتنابَ مُعامَلةِ مَنْ أكثرُ مالِه رِبًا قال: وإنّما لم يحرُمْ، وإنْ غلب على الظّنّ أنّه رِبًا؛ لأنّ الأصلَ المعتمدَ في الأملاكِ اليدُ، ولم يَثبُتْ لَنا فيه أصلٌ آخرُ يُعارِضُه فاستُصْحِبَ ولم يُبالَ بغلبةِ الظّنِّ اهـ.

قال غيرُه، ويَجوزُ الأخذُ من الحرام بقَصْدِ رَدِّه على مالِكِه إلا إنْ كان مُفْتيًا، أو حاكِمًا، أو شاهِدًا فيلزمُه التّصْريحُ بأنّه إنّما يأخُذُه لِلرّدِّ على مالِكِه لِئَلّا يَسوءَ اعتقادُ النّاسِ في صِدْقِه ودينِه فيَرُدّون فُتْياه وحكمَه وشَهادَتَه.

---

(١) [حسن لغيره] أخرجه: الطبراني في (المعجم الكبير) [٨/ ٢٦١]، وغيره من حديث: أبي أمامة رضي الله عنه.
قلتُ: حديث حسن لغيره. ينظر: (صحيح الترغيب والترهيب) للألباني [رقم/ ٨٨٩].

وَمَنْ عليه دَيْنٌ أو وله مَنْ تَلْزَمُه نَفَقَتُه يُستَحَبُّ أنْ لا يَتَصَدَّقَ حتّى يُؤَدِّيَ ما عليهِ. قُلْتُ: الأَصَحُّ تَحْرِيمُ صَدَقَتِه بما يَحْتاجُ إليه لِنَفَقةِ مَنْ تَلْزَمُه نَفَقَتُه أو لِدَيْنٍ لا يَرْجو له وفاءً، واللَّه أعْلَمُ.

وَفي استِحْبابِ الصَّدَقةِ بما فَضَلَ عن حاجَتِه أوجُهٌ: ....

(ومَنْ عليه دَيْنٌ) لِلَّه، أو لِآدَميٍّ (أو له مَنْ تَلْزَمُه نفقتُه يُستَحَبُّ) له (أنْ لا يتصدَّقَ حتى يُؤَدِّيَ ما عليه) تقديمًا للأهَمِّ، وعبارةُ أصلِه كالروضةِ وغيرِها لا يُستَحَبُّ له أنْ يتصدَّقَ والأولى أولى؛ لأنّ أهَمّيّةَ الدّين إنْ لم تقتَضِ الحرمةَ على هذا القولِ فلا أقَلَّ من أنْ تقتضيَ طلب عدم الصّدَقة قال الأذرَعيُّ وهذا ليس على إطلاقِه إذْ لا يقولُ أحدٌ فيما أظُنُّ: إنّ مَنْ عليه صَداقٌ، أو غيرُه إذا تَصَدَّقَ بنحوِ رَغيفٍ مِمّا يقطَعُ بأنّه لو بَقيَ لم يدفَعْه لِجهةِ الدّين أنّه لا يُستَحَبُّ له التّصدُّقُ به، وإنّما المُرادُ أنّ المُسارَعةَ لِبراءةِ الذِّمّةِ أولى وأحَقُّ من التّطَوُّعِ على الجُمْلةِ (قُلْت: الأصحُّ تَحْريمُ صَدَقَته) ومنها فيما يظهرُ إبراءُ مَدينٍ له موسِرٍ مُقِرٍّ، أو له به بَيِّنةٌ (بما يحتاجُ إليه) حالاً كما ارتَضاه ابنُ الرِّفعةِ، وينبغي أنّ مُرادَه به يومُهم وليلَتُهم (لِنفقةِ) ومُؤْنةِ (مَنْ تَلْزَمُه نفقتُه، أو لِدَيْنٍ) ولو مُؤَجَّلاً لِلَّه، أو لِآدَميٍّ (لا يرجو) أي: يَظُنُّ (له وفاءً) حالاً في الحالِ، وعندَ الحُلولِ في المُؤَجَّلِ من جِهةٍ ظاهرةٍ (واللَّه أعلَمُ)؛ لأنّ الواجبَ لا يَجوزُ تركُه لِسُنّةٍ ومع حرمةِ التّصَدُّقِ يملكُه الآخِذُ خلافًا لِكثيرين اغتَرّوا بكلامِ ابنِ الرِّفعةِ وغيرِه، وغَفَلوا عن كلامِ الشافعيِّ والأصحابِ، وقد بَيَّنْت ذلك أتَمَّ بيانٍ، وأوضَحه في كِتابي قُرّةِ العين ببَيانِ أنّ التّبَرُّعَ لا يُبْطِلُه الدَّيْنُ.

قيلَ: قضيّةُ المتنِ جوازُه بما يحتاجُه لِنفقةِ نفسِه وبه صرّح في الروضةِ، وصَحَّحَ في المجموعِ التحريمَ مُطْلَقًا ا هـ.

ويُعْلَمُ مِمّا يأتي حملُ الأوّلِ على ما إذا صَبَرَ على الإضافة وعليه يُحْمَلُ قولُهم: يَجوزُ للمُضْطَرِّ إيثارُ مُضْطَرٍّ آخرَ مسلم، والثاني على ما إذا لم يَصْبِرْ، وعليه حُمِلَ قولُهم: في التّيَمُّمِ يحرُمُ على عَطْشانَ إيثارُ عَطْشانَ آخرَ ولا يَرِدُ على المتنِ؛ لأنّ مَنْ تَلْزَمُه نفقتُه يشمَلُ نفسَه أيضًا، واستَشْكلَ جمعٌ ذلك بأنّ كثيرين من الصّحابةِ والسّلَفِ تَصَدَّقوا بما يحتاجونَه لِعيالِهم، ويُجابُ بحملِه على علمِهم من عيالِهم الكامِلين الرِّضا والصّبْرَ والإيثارَ، ثمّ رأيت ابنَ الرِّفعةِ جمع بحملِ المنْعِ على الكِفايةِ حالاً، والحلَّ عليها للأبدِ، وما ذكرْته أولى كما لا يخفى، ويُؤَيِّدُ ما ذكرْته قولُ جمعٍ لو كان مَنْ تَلْزَمُه نفقتُه بالِغًا عاقِلاً، ورَضيَ بذلك كان الأفْضلُ التّصَدُّقَ، أمّا إذا ظَنّ وفاءَ الدّين من جِهةٍ ظاهرةٍ، ولو عندَ حُلولِ المُؤَجّلِ فلا بَأسَ بالتّصدُّقِ حالاً، بل قد يُسَنُّ نعم، إنْ وجَبَ أداؤُه فوْرًا لِطَلَبِ صاحِبه له، أو لِعِصْيانِه بسببه مع عدمِ علمِ رِضا صاحِبه بالتّأخيرِ حَرُمت الصّدَقة قبلَ وفائِه مُطْلَقًا كما تَحرُمُ صلاةُ النّفْلِ على مَنْ عليه فرضٌ فوْريٌّ، (وفي استحْبابِ التّصدُّقِ بما فضَلَ عن حاجَته) السّابِقة من حاجةِ نفسِه ومُمَوِّنِه يومَهم وليلَتَهم وكِسوةِ فصلِهم ووَفاءِ دَينه (أوجُهٌ) أحدُها:

أَصَحُّهما إنْ لم يَشُقَّ عليه الصّبْرُ استُحِبَّ، وإلّا فلا.

يُسَنُّ مُطْلَقًا ثانيها: لا يُسَنُّ مُطْلَقًا ثالِثُها: وهو (أصحُها) أنّه (إنْ لم يَشُقَّ عليه الصّبْرُ استُحِبَّ)؛ لأنّ «الصّدّيقَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وكرَّمَ وجهَه تَصَدَّقَ بجميعِ مالِه وقَبِله منه النّبيُّ ﷺ» صَحَّحَه الترمذيُّ (وإلا) بأنْ شَقَّ عليه الصّبْرُ (فلا) يُستَحَبُّ له، بل يُكْرَه للخبرِ الصّحيحِ «خيرُ الصّدَقةِ ما كان عن ظهرِ غِنًى»[1] أي: غِنَى النّفْسِ، وهو صَبْرُها على الفقْرِ، وبهذا التّفْصيلِ جَمَعوا بين الأحاديثِ المختَلِفة الظّواهِرِ كهذا الحديثِ مع خبرِ أبي بكرٍ، أمّا التّصَدُّقُ ببعضِ الفاضِلِ عن ذلك فيُسَنُّ اتّفاقًا. نعم، المُقارِبُ للكلِّ كالكلِّ، أو خرج بالصّدَقة الضّيافة فلا يُشْتَرَطُ فضْلُها عن مُؤْنةِ مَنْ ذُكِرَ على ما في المجموعِ للخلافِ القويِّ في وجوبِها، ويَتعيَّنُ حملُه على ما إذا لم يُؤَدِّ إيثارُها إلى إلحاقِ أدْنَى ضَرَرٍ بمُمَوِّنِه الذي لا رِضا له على أنّه خالفه في شرحِ مسلمٍ.

(فرع): في الجواهرِ يُكْرَه إمساكُ الفَضْلِ وغيرِ المُحْتاجِ إليه كما بَوَّبَ عليه البيْهَقيُّ اهـ، وبحث غيرُه أنّ المُرادَ بالباقي ما زاد على كِفايةِ سنةٍ أخذًا من قولِها أيضًا: إذا كان بالنّاسِ ضَرورةٌ لَزِمَه بيعُ ما فضَلَ عن قوته وقوت عيالِه سنةً، فإنْ أبى أجبَرَه الحاكِمُ، ويُؤَيِّدُه قولُ الروضةِ عن الإمامِ يلزمُ الموسِرَ المواساةُ بما زاد على كِفايةِ سنةٍ قال بعضُهم: أي: في حالِ الضّرورةِ لا مُطْلَقًا اهـ، وهو فاسِدٌ كما يُعْلَمُ مِمّا سأذكُرُه أوائِلَ السّيَرِ، ولا يُنافي اعتبارُ السّنةِ هنا ما مَرَّ آنِفًا؛ لأنّ الكراهةَ كما هنا يُحْتاطُ لها أكثرُ من النّدْبِ كما هناك.



(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٥٠٤١]، وغيره من حديث: أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب النّكاح

هو مُستَحَبٌّ لِمُحْتاجٍ إليه يَجِدُ أُهْبَتَه، ....

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ النّكاح

قيلَ بَلَّغَ أسماءَه بعضُ اللُّغويّين ألفًا وأربَعين، وهو لُغةً الضّمُّ والوطءُ وشرعًا عقدٌ يتضَمَّنُ إباحةَ وطْءٍ باللّفظِ الآتي، وهو حَقيقة في العقدِ مَجازٌ في الوطءِ لِصحّةِ نفيِه عنه ولاستحالةِ أنْ يكون حَقيقة فيه ويُكنّى به عن العقدِ لاستقباحِ ذِكْرِه كفعلِه والأقبَحُ لا يُكنى به عن غيره وإرادَتُه في ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة:٢٣٠] دَلَّ عليه خبرُ «حتى تَذوقي عُسيلَتَه» وفي ﴿ٱلزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾ [النور:٣] بناءً على ما قاله ابنُ الرِّفعةِ أنّ المُرادَ لا يَطَأُ دَلَّ عليها السّياقُ وقيلَ عكسُه وقيلَ حَقيقة فيهما فلو حَلَفَ لا ينكِحُ حَنِثَ بالعقدِ ولو زَنَى بامرَأةٍ لم تَثبُتْ مُصاهَرةٌ والأصلُ فيه قبلَ الإجماعِ الآياتُ والأخبارُ الكثيرةُ وقد جَمعتها فزادتْ على المِائةِ بكثيرٍ في تصنيفٍ سمَّيْته الإفصاحَ عن أحاديثِ النّكاحِ وشُرِعَ من عَهْدِ آدَمَ صَلّى اللّه على نَبيِّنا وعليه وسَلَّمَ واستَمَرَّ حتى في الجنّةِ ولا نظيرَ له فيما تعبَّدْنا به من العُقودِ، وفائِدَتُه حِفظُ النّسلِ وتفريغُ ما يَضُرُّ حَبْسُه واستيفاءُ اللّذّةِ والتّمتُّعِ وهذه هي التي في الجنّةِ وهل هو عقدُ تمليكٍ أو إباحةٍ وجهانِ يظهرُ أثَرُهما فيما لو حَلَفَ لا يملكُ شيئًا وله زوجةٌ والأصحُّ لا حِنْثَ حيثُ لا نيّةَ وعلى الأوّلِ فهو مالِكٌ لأنْ ينتَفِعَ لا للمنفعةِ فلو وُطِئَتْ بشُبهةٍ فالمهرُ لها اتّفاقًا ولا يجبُ عليه وطْؤُها؛ لأنّه حَقُّه وقيلَ عليه مَرّةٌ لِتقضيَ شهوتَها ويتقَرَّرُ مهرُها.

(هو) أي النّكاحُ بمعنى التّزَوُّجِ (مُستَحَبٌّ لِمُحْتاجٍ إليه) أي تائِقٍ له بتَوَقانِه للوَطْءِ ولو خَصيًّا (يَجِدُ أُهبَتَه) من مهرٍ وكِسوةِ فصلِ التمكينِ ونفقةِ يومِه، وإن اشتَغَلَ بالعبادةِ للخبرِ المُتَّفَقِ عليه «يا معشَرَ الشّبابِ مَنِ استَطاعَ منكُم الباءةَ فلْيتزَوَّجْ فإنّه أغَضُّ للبَصَرِ وأحصَنُ للفرجِ»(١) والباءةُ بالمدِّ لُغةً الجِماعُ والمُرادُ هو مع المُؤَنِ لِروايةِ «مَنْ كان منكُم ذا طَوْلٍ فلْيتزَوَّجْ»(٢) وعليه فالمُرادُ بمَنْ لم يستَطِعْ مَنْ فقَدَ المُؤَنَ مع قُدْرَته على الجِماعِ إذْ هذا هو الذي يحتاجُ لِلصَّوْمِ وهذا أولى من قصرِ الباءةِ على المُؤَنِ

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/٤٧٧٨]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/١٤٠٠]، وغيرهما من حديث: ابن مسعود ﵁.

(٢) [صحيح] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٦/٥٦]، والنسائي في (سننه) [رقم/٢٢٤٣]، وأبو يعلى في (مسنده) [رقم/٥١١٠]، وغيرهم من حديث: ابن مسعود ﵁.

قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (صحيح الجامع) للألباني [رقم/٦٤٩٨].

فإنْ فَقَدَها استُحِبَّ تَرْكُه، ....

لإيهامِه أنّ مَنْ عَدِمَها يُؤْمَرُ بالصوم، وإنْ لم يشتَه الجِماعَ وليس مُرادًا ولم يجبْ مع هذا الأمرِ لِآيةِ ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم﴾ [النساء :٣] ورَدَ بأنّ المُرادَ به الحلالُ من النّساءِ والأولى أنْ يُجابَ بأنّه لم يأخذْ بظاهرِه أحدٌ فإنّ الذي حَكوْه قولَ إنّه فرضُ كِفايةٍ لِبَقاءِ النّسلِ ووُجّهَ أنّه واجبٌ على مَنْ خافَ زِنًا قيلَ مُطْلَقًا؛ لأنّ الإحصانَ لا يوجَدُ إلا به وقيلَ إنْ لم يُرِد التّسرّي نعم، حيثُ نَدَبَ لِوجودِ الحاجةِ والأُهْبةِ وجَبَ بالنّذْرِ على المعتمدِ الذي صرّح به ابنُ الرِّفعةِ وغيرُه كما بيّنْتُه في شرحِ العُبابِ ومَحَلُّ قولِهم العُقودُ لا تَلْتَزِمُ في الذِّمّةِ إذا التزَمت بغيرِ نذرٍ ومن ثَمَّ انعقَدَ في عليَّ أنْ أشتَريَ عبدًا وأعتقَه وبه يندَفِعُ ما قيلَ النّكاحُ مُتوَقِّفٌ على رِضا الغيرِ.

وهو ليس إليه إذِ الشِّراءُ كذلك وقد أوجَبوه وبحث بعضُهم وجوبَه أيضًا إذا طَلّقَ مَظْلومةً في القسمِ ليوَفّيَها حَقَّها من نَوْبةِ المظْلومِ لها ورُدَّ بأنّ هذا الطّلاقَ بِدْعيٌّ وقد صرحوا في البِدْعيِّ أنّه لا تجبُ فيه الرّجعةُ إلا أنْ يُستَثنَى هذا لِما فيه من استدراكِ ظُلامةِ الآدميِّ ومَنْعُ جمعِ التّسرّيَ لِعدمِ التّخميسِ مَرْدودٌ كما يأتي بأنّه إنّما يَتّجِه فيمَنْ تَحقّقَ أنّ سابيَها مسلمٌ لا فيمَنْ شَكَّ في سابيها؛ لأنّ الأصلَ الحِلُّ ولا فيمَنْ تَحقّقَ أنّ سابيَها كافِرٌ من كافِرٍ أو اشترى خُمْسَ بيت المالِ من ناظِره لِحِلِّها يقينًا ونصَّ على أنّه لا يُسَنُّ لِمَنْ في دارِ الحربِ النّكاحُ مُطْلَقًا خوفًا على ولَدِه من التّدَيُّنِ بدينِهم والاسترْقاقِ ويَتعيَّنُ حملُه على مَنْ لم يَغْلِبْ على ظَنّه الزّنا لو لم يتزَوّجْ إذِ المصْلَحةُ المُحقَّقة النّاجزةُ مُقَدّمةٌ على المفسَدةِ المُستقبَلةِ المُتوَهَّمةِ وينبغي أنْ يَلْحَقَ التّسرّي بالنّكاحِ في ذلك؛ لأنّ ما عَلّلَ به يأتي فيه قيلَ الضّمائرُ الثلاثةُ في المتنِ إنْ أرادَ بها العقدَ، أو الوطءَ لم يصحَّ، أو بهو وأُهْبَته العقدَ وبِإليه الوطءَ صَحَّ لكن فيه تعسُّفٌ ا هـ ويُرَدُّ بأنّها كلَّها للعقدِ المُرادِ به أحدُ طَرَفَيْه، وهو التّزَوُّجُ أي قبولُ التزويجِ ولا محذورَ فيه وما توهِمه في إليه يَرُدُّه قولُنا أي تائِقٌ له بتَوَقانِه الوطءَ وهذا مَجازٌ مَشهورٌ لا اعتراضَ عليه (**فإنْ فقدَها استُحِبَّ تركُه**) لقوله تعالى ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا﴾ [النور :٣٣] الآيةَ وعبارةُ الرّافِعيِّ في كُتُبه والروضةِ الأولى أنْ لا ينكِحَ قيلَ، وهي دون الأولى في الطّلَبِ ورُدَّ بأنّه لا فرقَ بينهما، وهو مُتّجِهٌ إذِ المُتَبادِرُ منهما واحدٌ هو الطّلَبُ الغيرُ الجازِمِ من غيرِ اعتبارِ تأكُّدٍ وعدمِه ويُؤَيِّدُه تصريحُ الإمامِ وغيرِه بأنّ خلافَ الأولى وخلافَ المُستَحَبِّ واحدٌ هو المنْهيُّ عنه نَهْيًا غيرَ مقصودٍ لاستفادتَه من أنّ الأمرَ بالمُستَحَبِّ نَهْيٌ عن ضِدِّه بخلافِ المكْروه فإنّه لا بُدَّ فيه من التّصْريحِ بالنّهيِ كلا تفعَلْ على ما هو مَبْسوطٌ في مَحَلِّه من بَحْرِ الزّركشيّ وفي شرحِ مسلمٍ يُكرَه فعلُه ورُدَّ بأنّ مقتضى الخبرِ عدمُ طَلَبِ الفعلِ.

وهو أعَمُّ من النّهيِ عن الفعلِ بل ومن طَلَبِ التّركِ ومقتضى هذا رَدُّ المتنِ لولا الآيةُ المذكورةُ إذْ قولُه: يستعفِفُ يَدُلُّ على أنّه تائِقٌ وقولُه ﴿حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور :٣٣] يَدُلُّ على فقْدِه للمُؤَنِ فاندَفع قولُ الزّركشيّ يُمْكِنُ حملُها على غيرِ التّائِقِ وقيلَ يُستَحَبُّ فعلُه وعليه كثيرون لِآيةِ ﴿إِن يَكُونُوا

ويَكْسِرُ شَهْوَتَه بالصَّوْمِ، فإنْ لم يَحْتَجْ كُرِهَ إنْ فَقَدَ الأُهْبةَ، وإلّا فلا لَكِن العِبادةُ أفْضَلُ.

فُقَرَآءَ﴾ [النور: ٣٢] مع الخبرِ الصّحيحِ «تزوَّجوا النساءَ فإنّهنّ يأتينكُم بالمالِ»(١) وصَحَّ أيضًا «ثلاثةٌ حَقٌّ على اللهِ أنْ يُعينَهم»(٢) منهم النّاكِحُ يُريدَ أنْ يستعفِفَ وفي مُرْسَلٍ «مَن تَرَكَ التزوُّجَ مَخافةَ العيْلةِ فليس منّا»(٣) وحَمَلوا الأمرَ بالاستعفافِ في الآيةِ على مَنْ لم يَجِدْ زوجةً ولا دَلالةَ لهم عندَ التّأمُّلِ في شيءٍ مِمّا ذكرَ إذْ لا يلزمُ من الفقْرِ وإتيانِهِنّ بالمالِ والإعانةِ وخوفِ العيْلةِ عدمُ وِجْدانِ الأُهْبةِ بالمعنى السّابِقِ لا سيَّما ودليلُنا «ومَنْ لم يستَطِعْ فعليه بالصوم فإنّه له وِجاءٌ»(٤) أي قاطِعٌ أصحُّ، وهو صريحٌ فيما قُلْناه لا يقبَلُ تأويلًا (ويَكْسِرُ) إرْشادًا ومع ذلك يُثابُ؛ لأنّ الإرشادَ الرّاجِعَ إلى تَكْميلٍ شرعيٍّ كالعِفة هنا كالشرعيِّ خلافًا لِمَنْ أخذَ بإطلاقِ أنّ الإرشادَ نحوَ ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] لا ثوابَ فيه (شهوتَه بالصوم) للحديثِ المذكورِ وكونُه يُثيرُ الحرارةَ والشّهوةَ إنّما هو في ابتدائِه فإنّه لم تنكسِرْ به تَزَوَّجَ ولا يَكْسِرُها بنحوِ كافورٍ فيُكْرَه بل يحرُمُ على الرّجُلِ والمرأةِ إنْ أدّى إلى اليأسِ من النّسَبِ، وقولُ جمعٍ الخبرُ يَدُلُّ على حِلِّ قطعِ العاجزِ الباءَ بالأدويةِ مَرْدودٌ على أنّ الأدويةَ خَطيرةٌ وقد استعمَلَ قوْمٌ الكافورَ فأورَثَهم عِلَلًا مُزْمِنةً ثمّ أرادوا الاحتيالَ لِعَوْدِ الباءَ بالأدويةِ الثمينةِ فلم تنفَعْهم.

واختلفوا في جوازِ التّسَبُّبِ إلى إلقاءِ النُّطْفة بعدَ استقرارِها في الرّحِمِ فقال أبو إسحاقَ المرْوَزيّ يَجوزُ إلقاءُ النُّطْفة والعلَقة ونَقَلَ ذلك عن أبي حَنيفة وفي الإحياءِ في مَبْحَثِ العزْلِ ما يَدُلُّ على تَحْريمِه، وهو الأوجَه؛ لأنّها بعدَ الاستقرارِ آيِلةٌ إلى التّخلُّقِ المُهَيَّأ لِنفخِ الرّوحِ ولا كذلك العزْلُ (فإنْ لم يحتجِ) أي يَتُقِ النّكاحَ بعدمِ تَوَقانِه للوَطْءِ خِلْقة، أو لِعارِضٍ ولا عِلّةٍ به (كُرِهَ) له (إنْ فقدَ الأُهْبةَ) لالتزامِه ما لا يقدِرُ عليه بلا حاجةٍ وسيذكرُ أنّ شرطَ صحّةِ نِكاحِ السّفيه الحاجةُ فلا تَرِدُ هنا (وإلا) يَفْقِدُ الأُهْبةَ مع عدمِ حاجَته له (فلا) يُكْرَه له لِقُدْرَته عليه ومَقاصِدُه لا تنحَصِرُ في الوطءِ بل بحث جمعٌ نَدْبَه لِحاجةِ صِلةٍ وتَأنّسٍ وخِدْمةٍ وعليه فيُفَرِّقُ بينه وبين ما يأتي فيمَنْ به عِلّةٌ مُزْمِنةٌ بأنّ هذا قادِرٌ على الوطءِ فلا يخشَى فسادُ زوجَته بخلافِ ذلك (لَكِنِ العبادةَ) أي التّخلّيَ لها من المُتعبِّدِ (أفضَلُ) منه خلافًا للحَنفيّةِ اهْتمامًا بشأنِها وقَدَّرت ما ذكرَ؛ لأنّه هو مَحَلُّ الخلافِ كما قاله السُّبْكيُّ وغيرُه؛ لأنّ

---

(١) [ضعيف] أخرجه: الحاكم في (المستدرك على الصحيحين) [٢/ ١٧٤]، من حديث: عائشة رضي الله عنها.
قلتُ: حديث ضعيف. ينظر: (السلسلة الضعيفة) للألباني [رقم/ ٣٤٠٠].

(٢) [حسن] أخرجه: الترمذي في (الجامع) [رقم/ ١٦٥٥]، والنسائي في (سننه) [رقم/ ٣٢١٨]، وابن حبان في (صحيحه) [رقم/ ٤٠٣٠]، وغيرهم من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه.
قلتُ: حديث حسن. ينظر: (صحيح الترغيب والترهيب) للألباني [رقم/ ١٣٠٨].

(٣) [ضعيف جدًا] أخرجه: الطبراني في (المعجم الأوسط) [رقم/ ٤٣٨٣]، من حديث: ابن مسعود رضي الله عنه.
قلتُ: حديث ضعيف جدًا. ينظر: (ضعيف الترغيب والترهيب) للألباني [رقم/ ٥٤٤].

(٤) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

قُلْتُ: فإنْ لم يَتَعَبَّدْ فالنِّكاحُ أفْضَلُ في الأصحِّ، فإنْ وجَدَ الأُهْبةَ وبه عِلّةٌ كَهَرَمٍ أو مَرَضٍ دائِمٍ أو تَعْنينٍ كُرِهَ، واللهُ أعْلَمُ.

ذاتَ العبادةِ أفْضَلُ من ذات النّكاحِ قطعًا ويصحُّ عدمُ التقديرِ ويكونُ أفْضَلُ بمعنى فاضِلٍ وما اقتضاه ذلك من أنّ النّكاحَ ليس بعبادةٍ ولو لابتغاءِ النّسلِ صرّح به جمعٌ قال بعضُهم لِصحّته من الكافِرِ ورُدَّ بأنّ صحّتَه منه لا تنفي كونَه عبادةً كعِمارةِ المساجِدِ والعتقِ وبأنّه ﷺ أمَرَ به والعبادةُ إنّما تُتَلَقّى من الشّارِعِ وأفتى المُصَنِّفُ بأنّه إنْ قصَدَ به طاعةً من ولَدٍ صالِحٍ، أو إعفافٍ فهو من عَمَلِ الآخِرةِ ويُثابُ عليه وإلا فهو مُباحٌ وسبقَه إليه الماوَرْديُّ ولَك أنْ تقولَ إنْ أُريدَ بنفيِ العبادةِ عنه مُطْلَقًا أنّه لا يُسَمّاها اصطِلاحًا فقَريبٌ أو أنّه لا ثوابَ فيه مُطْلَقًا فبَعيدٌ مُخالِفٌ للأحاديثِ الكثيرةِ الدّالّةِ على مَزيدِ ثوابه وثوابِ ثمراته كحديثِ **«أيأتي أحدُنا شهوتَه وله فيها أجرٌ فقال أرأيتُم»**[1] إلَخْ وحديثُ **«حتى ما تَضَعُ في في امرَأتِك»**[2] ولِكلامِهم إذْ كيف يكونُ سُنّةً بشرطِه كما تقرّر ولا يكونُ فيه ثوابٌ وبهذا يُنْظَرُ أيضًا في قولِ المُصَنِّفِ وإلا فهو مُباحٌ والحاصِلُ أنّ الذي يَتَّجِه أنّه متى سُنّ له فعلُه ولم يوجَدْ منه صارِفٌ، أو لم يُسَنّ له وقَصَدَ به طاعةً كوَلَدٍ أُثيبَ وإلا فلا والكلامُ في غيرِ نِكاحِه ﷺ فإنّه قُربةٌ قطعًا مُطْلَقًا؛ لأنّ فيه نَشْرَ الشّريعةِ المُتعلِّقة بمَحاسِنِه الباطِنةِ التي لا يَطّلِعُ عليها الرِّجالُ ومن ثَمَّ وُسِّعَ له في عددِ الزوجات ما لم يوَسَّعْ لِغيرِه لِتَحْفَظَ كلُّ ما لم يحفَظْه غيرُها لِتعذُّرِ إحاطةِ العددِ القليلِ بها لِكثرَتِها بل خُروجِها عن الحصْرِ (**قُلْت: فإنْ لم يَتعبَّدْ فالنّكاحُ أفْضَلُ في الأصحِّ**) من البطالةِ لِئَلّا تُفْضيَ به إلى الفواحشِ فأفْضَلُ هنا بمعنى فاضِلٍ مُطْلَقًا وصَحَّ خبرُ **«اتّقوا اللّهَ واتّقوا النّساءَ فإنّ أوّلَ فتنةِ بَني إسرائيلَ كانت من النّساءِ»**[3].

(**فإنْ وجد الأُهْبةَ وبه عِلّةٌ كهَرَمٍ أو مَرَضٍ دائِمٍ، أو تعنينٍ**) كذلك بخلافِ مَنْ يَعُنُّ وقتًا دون وقتٍ (**كُرِهَ**) له النّكاحُ (**واللّه أعلمُ**) لِعدمِ حاجَته مع عدَمِ تَحصينِ المرأةِ المُؤَدّي غالِبًا إلى فسادِها وبه يندَفِعُ قولُ الإحياءِ يُسَنُّ لِنحوِ الممسوحِ تَشَبُّهًا بالصّالِحين كما يُسَنُّ إمرارُ الموسَى على رَأسِ الأصلَعِ وقولُ الفزاريِّ أيُّ نَهْيٍ ورَدَ في نحوِ المجبوبِ والحاجةُ لا تنحَصِرُ في الجِماعِ ولو طَرَأتْ هذه الأحوالُ بعدَ العقدِ فهل تَلْحَقُ بالابتداءِ، أو لا لِقوّةِ الدّوامِ تَرَدَّدَ فيه الزّركشيُّ والثاني هو الوجه كما هو ظاهرٌ.

(تنبيهٌ) ما اقتضاه سياقُ المتنِ من أنّ تلك الأحكامَ لا تأتي في المرأةِ غيرُ مُرادٍ ففي الأُمِّ وغيرِها نَدْبُه لِلتّائِقة وألْحَقَ بها مُحْتاجةً لِلنّفَقة وخائِفة من اقتحام فجَرةٍ وفي التنبيه مَنْ جازَ لها النّكاحُ إن احتاجَتْه نُدِبَ لها وإلا كُرِهَ ونَقَله الأذرَعيُّ عن الأصحابِ ثمّ بحث وجوبَه عليها إذا لم يندفع عنها

---

(١) [صحيح] وهو جزء من حديث أخرجه: مسلم في (صحيحه) [رقم/١٠٠٦]، وغيره من حديث: أبي ذر رضي الله عنه.

(٢) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

(٣) [صحيح] أخرجه: مسلم في (صحيحه) [رقم/ ٢٧٤٢]، وغيره من حديث: أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

وَيُسْتَحَبُّ دَيِّنَةٌ بِكْرٌ نَسيبةٌ ليستْ قَرابةً قَريبةً، ....

الفجرةُ لا به ولا دَخْلَ لِلصَّوْمِ فيها وبِما ذكرَ عُلِمَ ضَعْفُ قولِ الزَّنْجانيِّ يُسَنُّ لها مُطْلَقًا إذْ لا شيءَ عليها مع ما فيه من القيامِ بأمرِها وسَتْرِها وقولُ غيرِه لا يُسَنُّ لها مُطْلَقًا؛ لأنَّ عليها حُقوقًا لِلزوجِ خَطيرةً لا يتيَسَّرُ لها القيامُ بها ومن ثَمَّ وردَ الوعيدُ الشّديدُ في ذلك بل لو علمتْ من نفسِها عدمَ القيامِ بها ولم تحتج له حَرُمَ عليها ا هـ نعم، ما ذكرَه بعدُ بل مُتَّجِهٌ.

(ويُستحَبُّ دَيِّنَةٌ) بحيثُ توجَدُ فيها صِفةُ العدالةِ لا العِفةُ عن الزِّنا فقط للخبرِ المُتَّفَقِ عليه «فاظْفر بذاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَداك»[1] أي استَغْنَيْتَ إنْ فعلْتَ أو افْتَقرتْ إنْ لم تفعَلْ وتَرَدَّدَ في مسلمةٍ تارِكةٍ لِلصَّلاةِ وكِتابيّةٍ فقيلَ هذه أولى للإجماعِ على صحّةِ نِكاحِها ولِبُطْلانِ نِكاحِ تلك لِرِدَّتها عندَ قومٍ وقيلَ تلك؛ لأنّ شرطَ نِكاحِ هذه مختَلَفٌ فيه ورجح بعضُهم الأولى، وهو واضِحٌ في الإسرائيليّةِ؛ لأنّ الخلافَ القويَّ إنّما هو في غيرِها.

ولو قيلَ الأوّلُ لِقَويِّ الإيمانِ والعلم هذه لا منه من فتنتها وقُربِ سياسَته لها إلى أنْ تُسلِمَ ولِغيرِه تلك لِئَلاّ تفتنَه هذه لَكان أوجَهَ (بِكْرٌ) للأمرِ به مع تعليلِه بأنّهنّ أعذَبُ أفْواهًا أي ألْيَنُ كلامًا، أو هو على ظاهرِه من أطيَبِيَّته وحَلاوَته، وأنْتَقُ أرحامًا أي أكثرُ أولادًا، أو أسخَنُ إقبالاً وأرضى باليسيرِ من العمَلِ أي الجِماعِ وأغَرُّ غِرّةً بالكسرِ أي أبعَدُ من معرفةِ الشّرِّ والتَّفَطُّنِ له وبالضّمِّ أي غُرّةُ البياضِ، أو حُسنِ الخلْقِ وإرادَتُهما مَعًا أجوَدُ نعم، لِلثَّيِّبِ أولى لِعاجزٍ عن الافْتضاضِ ولِمَنْ عندَه عيالٌ يحتاجُ لِكامِلةٍ تقومُ عليهِنّ كما استصوَبَه ﷺ من جابرٍ لهذا وفي الإحياءِ يُسَنُّ أنْ لا يُزَوِّجَ بنتَه البِكْرَ إلا من بِكْرٍ لم يتزَوَّجْ قطُّ؛ لأنّ النُّفوسَ جُبِلَتْ على الإيناسِ بأوّلِ مألوفٍ ولا يُنافيه ما تقرّر من نَدْبِ البِكْرِ ولو لِلثَّيِّبِ؛ لأنّ ذاك فيما يُسَنُّ لِلزوجِ وهذا فيما يُسَنُّ للوَليِّ (نَسيبةٌ) أي معروفةُ الأصلِ طَيِّبَتُه لِنِسبَتِها إلى العُلَماءِ والصُّلَحاءِ وتُكرَه بنتُ الزِّنا والفاسِقِ وألْحَقَ بها لَقيطةً ومَنْ لا يُعْرَفُ أبوها لِخبرِ «تخَيَّروا لِنُطَفِكم ولا تَضَعوها في غيرِ الأكفاءِ»[2] صَحَّحَه الحاكِمُ واعتَرَضَ (ليستْ قرابةً قريبةً) لِخبرٍ فيه النَّهيُ عنه وتعليلُه بأنّ الولدَ يَجيءُ نَحيفًا لكن لا أصلَ له.

ومن ثَمَّ نازع جمعٌ في هذا الحكمِ بأنّه لا أصلَ له وبِإنْكاحِه ﷺ عَليًّا كرَّمَ اللّه وجهَه ويُرَدُّ بأنّ نَحافةَ الولدِ النّاشِئةِ غالِبًا عن الاستحْياءِ من القرابةِ القريبةِ معنًى ظاهرٌ يصلحُ أصلاً لِذلك وعَليٌّ كرَّمَ اللّه وجهَه قريبٌ بَعيدٌ إذِ المُرادُ بالقريبةِ مَنْ هي في أوّلِ دَرَجاتِ الخُؤولةِ والعمومةِ وفاطِمةُ رضي الله عنها بنتُ ابنِ عَمٍّ فهي بَعيدةٌ ونِكاحُها أولى من الأجنَبيّةِ لانتفاءِ ذلك المعنى مع حُنوِّ الرّحِمِ

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٤٨٠٢]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٦٦]، وغيرهما من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) [حسن] أخرجه: ابن ماجه في (سننه) [رقم/ ١٩٦٨]، والدارقطني في (سننه) [٣/ ٢٩٨]، والحاكم في (المستدرك على الصحيحين) [٢/ ١٧٦]، وغيرهم من حديث: عائشة رضي الله عنها.

قلتُ: حديث حسن. ينظر: (السلسلة الصحيحة) للألباني [رقم/ ١٠٦٧].

وإذا قَصَدَ نِكاحَها سُنّ نَظَرُه إليها ....

وتَزَوُّجِه ﷺ لِزَيْنَبِ بنت جَحْشٍ مع كونِها بنتَ عَمَّته لِمَصْلَحةِ حِلِّ نِكاحِ زوجةِ المُتَبَنّى وتزويجِه زَيْنَبَ بنته لأبي العاصِ مع كونِه ابنَ خالَتها بتقديرِ وُقوعِه بعدَ النُّبوّةِ واقعةَ حالٍ فعليّةٍ فاحتمالُ كونِه لِمَصْلَحةٍ يُسقِطُها وكلٌّ مِمّا ذُكِرَ مُستَقِلٌّ بالنّدْبِ خلافًا لِما يوهِمُه ظاهرُ العبارةِ ويُسَنُّ أيضًا كونُها ودودًا ولودًا ويُعْرَفُ في البِكْرِ بأقارِبِها ووافِرةُ العقلِ وحَسَنةُ الخلْقِ وكذا بالِغةٌ وفاقِدةُ ولَدٍ من غيرِه إلا لِمَصْلَحةٍ وحَسناءُ أي بحسبِ طَبْعِه كما هو ظاهرٌ؛ لأنّ القصْدَ العِفة، وهي لا تَحْصُلُ إلا بذلك وبهذا يُرَدُّ قولُ بعضِهم المُرادُ بالجمالِ هنا الوصْفُ القائِمُ بالذّاتِ المُستَحْسَنُ عندَ ذَوي الطِّباعِ السّليمةِ نعم، تُكْرَه ذاتُ الجمالِ البارِعِ؛ لأنّها تزهو به وتَتَطَلَّعُ إليها أعيَنُ الفجَرةِ ومن ثَمَّ قال أحمَدُ ما سلِمت أي من فتنةٍ، أو تَطَلُّعِ فاجِرٍ إليها، أو تَقَوُّلِه عليها ذاتُ جَمالٍ أي بارِعٍ قطُّ وخَفيفة المهرِ، وأنْ لا تكون شَقْراءَ قيلَ الشُّقْرةُ بَياضٌ ناصِعٌ يُخالِفُه فقط في الوجه لونُها غيرُ لونِه ا هـ.

وكأنّه أخذَ ذلك من العُرْفِ؛ لأنّ كلامَ أهلِ اللُّغةِ مُشْكِلٌ فيه إذِ الذي في القاموسِ الأشقَرُ من النّاسِ مَنْ يعلو بَياضَه حُمْرةٌ ا هـ ويَتعيَّنُ تأويلُه بما يُشيرُ إليه قولُه يعلوه بأنّ المُرادَ أنّ الحُمْرةَ غلبت البياضَ وقَهَرَتْه بحيثُ تَصيرُ كلَهَبِ النّارِ الموقَدةِ إذْ هذا هو المذمومُ بخلافِ مُجَرَّدِ تَشَرُّبِ البياضِ بالحُمْرةِ فإنّه أفْضَلُ الألوانِ في الدُّنْيا؛ لأنّه لونُه ﷺ الأصليُّ كما بَيّنْتُه في شرحِ الشّمائِلِ ولا ذاتُ مُطَلِّقٍ لها إليه رَغْبةٌ، أو عكسُه ولا مَنْ في حِلِّها له خلافٌ كأنْ زَنَى، أو تَمَتَّعَ بأُمِّها أو بها فرعُه، أو أصلُه أو شَكَّ بنحوِ رَضاعٍ وفي حديثٍ عندَ الدّيْلَميِّ والخطّابيِّ النّهيُ عن نِكاحِ الشّهْبَرةِ الزّرْقاءِ البذيّةِ واللّهْبَرةِ الطّويلةِ المهزولةِ والنّهبَرةِ القصيرةِ الذّميمةِ، أو العجوزِ المُدَبَّرةِ والهنْدَرةِ العجوزِ المُدَبَّرةِ أو المُكْثِرةِ للهَذْرِ أي الكلامِ في غيرِ مَحَلِّه، أو القصيرةِ الذّميمةِ ولو تعارَضَتْ تلك الصِّفاتُ فالذي يظهرُ أنّه يُقَدِّمُ الدّينَ مُطْلَقًا ثمّ العقلَ وحُسنَ الخُلُقِ ثمّ الوِلادةَ ثمّ أشرَفيّةَ النّسَبِ ثمّ البكارةَ ثمّ الجمالَ ثمّ ما المصْلَحةُ فيه أظهرُ بحسبِ اجتهادِه.

(تنبيهٌ) كما يُسَنُّ له تَحَرّي هذه الصِّفات فيها كذلك يُسَنُّ لها ولِوَلِيِّها تَحَرّيها فيه كما هو واضِحٌ.

(وإذا قصَدَ نِكاحَها) ورَجا الإجابةَ قال ابنُ عبدِ السّلامِ رَجاءً ظاهرًا وعَلَّله غيرُه بأنّ النّظَرَ لا يَجوزُ إلا عندَ غلبةِ الظّنِّ المُجوِّزِ ويُشْتَرَطُ أيضًا كما هو ظاهرُ علمِه بخُلُوِّها عن نِكاحٍ وعِدّةٍ تُحَرِّمُ التعريضَ كالرّجْعيّةِ فإنْ لم تُحَرِّمْه جازَ النّظَرُ، وإنْ علمتْ به؛ لأنّ غايته أنّه كالتعريضِ فإطلاقُ بعضِهم حرمَتَه في العِدّةِ إذا كان بإذْنِها، أو مع علمِها بأنّه لِرَغْبَته في نِكاحِها ينبغي حملُه على ما ذكرَتْه (سُنّ نَظَرُه إليها) للأمرِ به في الخبرِ الصّحيحِ مع تعليلِه بأنّه أحرى أنْ يُؤْدَمَ بينهما أي تَدومَ المودّةُ والأُلْفة وقيلَ من الأُدْمِ؛ لأنّه يُطَيِّبُ الطّعامَ ونَظَرُها إليه كذلك وخرج بإليها نحوُ ولَدِها الأمرَدِ فلا يَجوزُ له نَظَرُه، وإنْ بَلَغَه استواؤُهما في الحُسنِ خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه وزعم أنّ هذا حاجةٌ مُجوِّزةٌ ممنوعٌ إذِ الاستواءُ في الحُسنِ المقتضي لِكونِ نَظَرِه يكفي عن نَظَرِها في كلِّ ما هو المقصودُ منه يَكادُ يكونُ مُستَحيلاً أمّا

قبلَ الخِطْبةِ وإنْ لم تأذَنْ، وله تَكْريرُ نَظَرِه ولا يَنْظُرُ غيرَ الوجْه والكفَّيْنِ، ....

لو انتفَى شرطٌ مِمّا ذكرَ فيحرُمُ النَّظَرُ لِعدمِ وجودِ مُسَوِّغِه.

وبعدَ القصْدِ الأولى كونُ النَّظَرِ (قبلَ الخِطْبةِ) ومعنى خطبَ في رِوايةٍ أرادَ للخبرِ الآخرِ «إذا ألقَى اللَّه في قلْبِ امرِئٍ خِطْبةَ امرأةٍ فلا بَأسَ أنْ ينظرَ إليها»(1) وظاهرُ كلامِهم أنّه لا يُنْدَبُ النَّظَرُ بعدَ الخِطْبةِ؛ لأنّه قد يعرِضُ فتتأذَّى هي، أو أهلُها، وأنّه مع ذلك يَجوزُ؛ لأنّ فيه مَصْلَحةً أيضًا فما قيلَ يحتَمِلُ حرمَتَه؛ لأنّ إذْنَ الشّارعِ لم يقعْ إلا فيما قبلَ الخِطْبةِ يُرَدُّ بأنّ الخبرَ مُصَرّحٌ بجوازِه بعدَها فبَطَلَ حَصْرُه وإنّما أوّلوه بالنّسبةِ للأولَويّةِ لا الجوازِ كما هو واضِحٌ إذْ ما عَلَّلَ به النَّظَرَ في الخبرِ موجودٌ في كلٍّ من الحالينِ (وإنْ لم تأذَنْ) هي ولا وليُّها اكتفاءً بإذْنِ الشّارعِ ففي رِوايةٍ، وإنْ كانت لا تعلَمُ بل قال الأذرَعيُّ الأولى عدمُ علمِها؛ لأنّها قد تَتَزَيَّنُ له بما يَغُرُّه ولم ينظُرْ، واشتراطُ مالِكٍ الإذْنَ كأنّه لِمُخالفته لِلرِّوايةِ المذكورةِ (وله تَكْريرُ نَظَرِه) ولو أكثرَ من ثلاثةٍ على الأوجَه ما دامَ يَظُنُّ أنّ له حاجةً إلى النَّظَرِ لِعدمِ إحاطَته بأوصافِها ومن ثَمَّ لو اكتفَى بنَظْرةٍ حَرُمَ الزّائِدُ عليها؛ لأنّه نَظَرٌ أُبيحَ لِضَرورةٍ فلْيتقَيَّدْ بها قالَ جمعٌ، وإنْ خافَ الفتنةَ قال ابنُ سُراقة ولو بشهوةٍ ونَظَرَ فيه الأذرَعيُّ، (ولا ينظُرُ) من الحُرّةِ (غيرَ الوجه والكفَّين) من رُءوسِ الأصابعِ إلى الكوعِ ظهرًا وبَطْنًا بلا مَسِّ شيءٍ منهما لِدَلالةِ الوجه على الجمالِ والكفَّين على خِصْبِ البدَنِ واشتراطِ النّصِّ وكثيرين سَتْرَ ما عداهما حتى يَحِلَّ نَظَرُهما يُحمَلُ على أنّ المُرادَ به مَنْعُ نَظَرِ غيرِهما، أو نَظَرِهما إنْ أدّى إلى نَظَرِ غيرِهما ورُؤْيَتِهما ولو مع عدمِ علمِها لا تَستَلْزِمُ تعمُّدَ رُؤْيةِ ما عداهما فاندَفع مَيْلُ الأذرَعيِّ لِظاهرِ كلامِ الجمهورِ من الجوازِ مُطْلَقًا سَتَرَتْ أو لا وتوجيهُه بأنّ الغالِبَ أنّها مع عدمِ علمِها لا تَستُرُ ما عداهما وبأنّ اشتراطَ ذلك يَسُدُّ بابَ النَّظَرِ اهـ.

أمّا مَنْ فيها رِقٌّ فينظُرُ ما عدا ما بين سُرَّتها ورُكْبَتها كما صرّح به ابنُ الرِّفعةِ وقال إنّه مفهومُ كلامِهم أي لِتعليلِهم عدمَ حِلِّ ما عدا الوجه والكفَّين بأنّه عَوْرةٌ وسبقَه لِذلك الرّويانيُّ ولا يُعارِضُه ما يأتي أنّها كالحُرّةِ في نَظَرِ الأجنَبيِّ إليها؛ لأنّ النَّظَرَ هنا مأمورٌ به ولو مع خوفِ الفتنةِ فأُنيطَ بما عدا عَوْرةَ الصَّلاةِ وفيما يأتي مَنوطٌ بخوفِ الفتنةِ، وهو جارٍ فيما عدا الوجهَ والكفَّين مُطْلَقًا وإذا لم تُعْجِبْه سُنّ له أنْ يسكُتَ ولا يقولَ لا أُريدُها ولا يترَتَّبُ عليه مَنْعُ خِطْبَتِها؛ لأنّ السُّكوتَ إذا طالَ وأشعَرَ بالإعراضِ جازَتْ كما يأتي وضَرَرُ الطّولِ دون ضَرَرِ قولِه لا أُريدُها فاحتُمِلَ على أنّ الإعراضَ قد يحصُلُ بغيرِ السُّكونِ كاشتراطِ ما يعلَمُ منه أنّهم لا يُجيبون إليه. ومَنْ لا يتيَسَّرُ له النَّظَرُ أو لا يُريدُه بنفسِه يُسَنُّ له أنْ يُرْسِلَ مَنْ يَحِلُّ له نَظَرُها ليتأمّلها ويَصِفَها له ولو ما لا يَحِلُّ له نَظَرُه فيستَفيدُ بالبعْثِ

(1) [صحيح] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٤/ ٢٢٥]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ١٨٦٤]، وابن حبان في (صحيحه) [رقم/ ٤٠٤٢]، وغيرهم من حديث: محمد بن مسلمة ﵁.

قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (السلسلة الصحيحة) للألباني [رقم/ ٩٨].

وَيَحْرُمُ نَظَرُ فَحْلٍ بالِغٍ إلى عَوْرةِ حُرّةٍ كَبيرةٍ أَجْنَبيّةٍ وكذا وجْهُها وكَفَّيْها عندَ خَوْفِ فِتْنةٍ، وكذا عندَ الأمنِ على الصّحيحِ، ....

ما لا يستَفيدُ بالنّظَرِ وهذا لِمَزيدِ الحاجةِ إليه مُستَثنًى من حرمةِ وصْفِ امرَأةٍ لِرجلٍ وقولُ الإمامِ له أمَرَ المُرْسَلةَ بنَظَرِ مُتَجَرِّدِها مُرادُه ما عدا العورةَ كما هو واضِحٌ (ويحرُمُ نَظَرُ فحْلٍ) وخَصيٍّ ومجبوبٍ وخُنثَى إذْ هو مع النّساءِ كرجلٍ وعكسُه فيحرُمُ نَظَرُه لهما ونَظَرُهما له احتياطًا وإنّما غَسَّلاه بعدَ موته لانقطاعِ الشّهْوةِ بالموت فلم يَبْقَ لِلاحتياطِ حينئذٍ معنًى ويظهرُ فيه مع مُشْكِلٍ مثلِه الحرمةُ من كلٍّ للآخرِ في حالِ الحياةِ بتقديرِه مُخالِفًا له احتياطًا إذْ هو المبنيُّ عليه أمرُه لا ممسوحٌ كما يأتي (بالِغٍ) ولو شيخاهما ومُخنّثًا، وهو المُتَشبِّه بالنّساءِ عاقِلٍ مختارٍ (إلى عَوْرةِ حُرّةٍ) خرج مِثالُها فلا يحرُمُ نَظَرُه في نحوِ مِرْآةٍ كما أفتى به غيرُ واحدٍ ويُؤَيِّدُه قولُهم لو عَلَّقَ الطّلاقَ برُؤْيَتِها لم يحنَث برُؤْيةِ خَيالِها في نحوِ مِرْآةٍ؛ لأنّه لم يَرَها ومَحَلُّ ذلك كما هو ظاهرٌ حيثُ لم يخشَ فتنةً ولا شهوةً وليس منها الصوتُ فلا يحرُمُ سماعُه إلا إنْ خَشيَ منه فتنةً وكذا إن التذَّ به كما بحثه الزّركشيُّ ومثلُها في ذلك الأمرَدُ (كبيرةٍ) ولو شَوْهاءَ بأنْ بَلَغَتْ حَدًّا تُشْتَهى فيه لِذَوي الطِّباعِ السّليمةِ لو سلِمت من مُشَوِّهٍ بها كما يأتي (أجنَبيّةٍ)، وهي ما عدا وجهَها وكفَّيْها بلا خلافٍ لقوله تعالى ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ﴾ [النور: ٣٠].

ولأنّه إذا حَرُمَ نَظَرُ المرأةِ إلى عَوْرةِ مثلِها كما في الحديثِ الصّحيحِ فأولى الرّجُلُ (وكذا وجهُها) أو بعضُه ولو بعضَ عَينها، أو من وراءِ نحوِ ثَوْبٍ يُحْكَى ما وراءَه (وكفُّها)، أو بعضُه أيضًا، وهو من رَأسِ الأصابعِ إلى الكوعِ (عندَ خوفِ الفتنةِ) إجماعًا من داعيةٍ نحوَ مَسٍّ لها، أو خَلْوةٍ بها وكذا عندَ النّظَرِ بشهوةٍ بأنْ يَلْتَذَّ به، وإنْ أمِنَ الفتنةَ قطعًا (وكذا عندَ الأمنِ) من الفتنةِ فيما يَظُنُّه من نفسِه وبِلا شهوةٍ (على الصّحيحِ) ووَجَّهَه الإمامُ باتّفاقِ المسلمين على مَنْع النّساءِ أنْ يخرُجْنَ سافِرات الوجوه ولو جُلَّ النّظَرُ لَكِنّ كالمُرْدِ وبأنّ النّظَرَ مَظِنّةٌ للفتنةِ ومُحَرِّكٌ لِلشّهْوةِ فاللاّئِقُ بمَحاسِنِ الشّريعةِ سدُّ البابِ والإعراضُ عن تَفاصيلِ الأحوالِ كالخلْوةِ بالأجنَبيّةِ وبه اندَفع ما يُقالُ هو غيرُ عَوْرةٍ فكيف حَرُمَ نَظَرُه ووجه اندِفاعِه أنّه مع كونِه غيرَ عَوْرةٍ نَظَرُه مَظِنّةٌ للفتنةِ، أو الشّهْوةِ ففَطَمَ النّاسَ عنه احتياطًا على أنّ السُّبْكيَّ قال الأقرَبُ إلى صَنيعِ الأصحابِ أنّ وجهَها وكفَّيْها عَوْرةٌ في النّظَرِ ولا يُنافي ما حَكاه الإمامُ من الاتّفاقِ نَقْلُ المُصَنِّفِ عن عياضٍ الإجماعَ على أنّه لا يلزمُها في طَريقِها ستْرُ وجهِها وإنّما هو سُنّةٌ وعلى الرِّجالِ غَضُّ البصَرِ عنهُنّ للآيةِ؛ لأنّه لا يلزمُ من مَنْعِ الإمامِ لهنّ من الكشْفِ لِكونِه مَكْروهًا وللإمامِ المنعُ من المكْروه لِما فيه من المصْلَحةِ العامّةِ وجوبُ السّتْرِ عليهنّ بدونِ مَنْعٍ مع كونِه غيرَ عَوْرةٍ ورِعايةُ المصالِحِ العامّةِ مختَصّةٌ بالإمامِ ونوّابه نعم، مَنْ تَحَقَّقت نَظَرَ أجنَبيٍّ لها يلزَمُها ستْرُ وجهِها عنه وإلا كانت مُعينةً له على حرام فتأثَمُ ثمّ رأيت أبا زُرْعةَ أفتى بما يُفْهِمُه فقال في أمةٍ جميلةٍ تبرُزُ مَكْشوفة ما عدا ما بين السُّرّةِ والرُّكْبةِ والأجانِبِ يَرَوْنَها مَحَلُّ جوازِ بُروزِها الذي أطلقوه

ولا يَنْظُرُ من مَحْرَمِه بين سُرَّةٍ ورُكْبةٍ، ويَحِلُّ ما سِواه، وقيلَ ما يَبْدو في المِهْنةِ فَقَطْ، والأَصَحُّ حِلُّ النَّظَرِ بلا شَهْوةٍ إلى الأمةِ إلّا ما بين سُرّةٍ ورُكْبةٍ ....

إذا لم يظهرْ منها تَبَرُّجٌ بزينةٍ ولا تعرُّضٍ لِريبةٍ ولا اختلاطَ لِمَنْ يُخْشَى منه عادةً افْتتانٌ بمثلِ ذلك وإلا أثِمت ومُنِعَتْ وكذا الأمرَدُ ا هـ.

مُلَخَّصًا وكونُ الأكثرين على مُقابِلِ الصّحيحِ لا يقتضي رُجْحانَه لا سيَّما وقد أشارَ إلى فسادِ طَريقَتهم بتعبيرِه بالصّحيحِ ووجهُه أنّ الآيَةَ كما دَلَّتْ على جوازِ كشْفِهِنّ لِوجوهِهِنّ دَلَّتْ على وجوبِ غَضِّ الرِّجالِ أبصارهم عنهُنّ ويلزمُ من وجوبِ الغضِّ حرمةُ النّظَرِ ولا يلزمُ من حِلِّ الكشْفِ جوازُه كما لا يخفى فاتَّضَحَ ما أشارَ إليه بتعبيرِه بالصّحيحِ ومن ثَمَّ قال البُلْقينيُّ: التّرجيحُ بقوّةِ المُدْرِكِ والفتوَى على ما في المنهاجِ وسبقَه لِذلك السُّبْكيُّ وعَلَّله بالاحتياطِ فقولُ الإسنويِّ الصّوابُ الحِلُّ لِذَهابِ الأكثرين إليه ليس في مَحَلِّه وأفْهَمَ تخصيصُ حِلِّ الكشْفِ بالوجه حرمةَ كشْفِ ما عداه من البدَنِ حتى اليدِ، وهو ظاهرٌ في غيرِ اليدِ؛ لأنّه عَوْرةٌ ومُحْتَمَلٌ فيها؛ لأنّه لا حاجةَ لِكشْفِها بخلافِ الوجه واختيارُ الأذرَعيِّ قولَ جمعٍ بحِلِّ نَظَرِ وجهٍ وكفٍّ عَجوزٍ يُؤْمَنُ من نَظَرِهما الفتنةَ لِآيةِ ﴿وَٱلْقَوَٰعِدُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النور: ٦٠] ضعيفٌ ويَرُدُّه ما مَرَّ من سدِّ البابِ، وأنّ لِكلِّ ساقِطةٍ لاقِطةً ولا دَلالةَ في الآيةِ كما هو جَليٌّ بل فيها إشارةٌ للحرمةِ بالتقييدِ بغيرِ مُتَبَرِّجاتٍ بزينةٍ واجتماعِ أبي بكرٍ وأنَسٍ بأُمِّ أيمَنَ وسُفْيانَ وإضرابه برابِعةَ ﷺ لا يستَلْزِمُ النّظَرَ على أنّ مثلَ هَؤُلاءِ لا يُقاسُ بهم غيرُهم ومن ثَمَّ جوَّزوا لِمثلِهم الخلْوةَ كما يأتي قُبَيْلَ الاستبراءِ إنْ شاءَ اللّه تعالى.

(ولا ينظُرُ من محرَمِه) بنَسَبٍ، أو رَضاعٍ، أو مُصاهَرةٍ (بين) فيه تَجوُّزٌ أوضَحَه قولُه: الآتي إلا ما بين (سُرّةٍ ورُكْبةٍ)؛ لأنّه عَوْرةٌ ويَلْحَقُ به هنا وفيما يأتي على الأوجَه نفسُ السُّرّةِ والرُّكْبةِ احتياطًا وبه فارَقَ ما مَرَّ في الصّلاةِ ألا ترى أنّ الوجهَ والكفَّين عَوْرةٌ هنا لا ثَمَّ (ويَحِلُّ) نَظَرُ (ما سِواه) حيثُ لا شهوةَ ولو كافِرًا لا يَرى نِكاحَ المحارِمِ؛ لأنّ المحرَميّةَ تُحَرِّمُ المُناكحةَ فكانا كرجلينِ، أو امرأتين (وقيلَ) يَحِلُّ نَظَرُ (ما يَبْدو في المِهنةِ) بضَمِّ الميم وكسرِها أي الخِدْمةِ، وهو الرّأسُ والعُنُقُ واليدانِ إلى العضُدَين والرِّجْلانِ إلى الرُّكْبَتَين (فقط) إذْ لا ضَرورةَ لِنَظَرِ ما عداه كالثَّدْيِ ولو زَمَنَ الرّضاعِ (والأصحُّ حِلُّ النظَرِ بلا شهوةٍ) ولا خوفِ فتنةٍ (إلى الأمةِ) خرج بها المُبَعَّضةُ فهي كالحُرّةِ قطعًا وقيلَ على الأصحِّ فإجراءُ شارِحِ الخلافِ بين المتنِ وأصلِه فيها أيضًا سهْوٌ (إلا ما بين سُرّةٍ ورُكْبةٍ)؛ لأنّه عَوْرَتُها في الصّلاةِ فأشبَهَت الرّجُلَ وسيُصَحِّحُ أنّها كالحُرّةِ ونفيُ الشّهْوةِ لا يختَصُّ بها؛ لأنّ النّظَرَ معها، أو مع خوفِ الفتنةِ حرامٌ لِكلِّ مَنْظورٍ إليه وما قيلَ لَعَلَّ النّفْيَ هنا لإفادَته أنّه لو خَشيَ الفتنةَ ونَظَرَ بلا شهوةٍ حَلَّ غيرُ صحيحٍ بل الوجه حرمَتُه على هذه الطّريقة مع الشّهْوةِ أو خوفِ الفتنةِ وقد يوَجَّه تخصيصُ النّفْيِ بهذا بأنّ فيه نَظَرَ ما قرُبَ من الفرَجِ وحَريمةٍ من امرَأةٍ أجنبيّةٍ مع عدمِ مانِعٍ لِلشَّهْوةِ، وهو يَجُرُّ غالِبًا إليها فنُفيَتْ بخلافِ المحرَمِ ليس مَظِنّةً لها فلا يحتاجُ لِنفيِها فيه وبخلافِ ما

وإلى صَغيرةٍ إلّا الفرْجِ ....

أُلحِقَ به مِمّا يأتي؛ لأنّ نحوَ السّيادةِ ومسحَ الذّكرِ والأنثيين ينفيها غالِبًا فلم يحتج لِنفيِها ثمّ أيضًا ولا يَرِدُ النّظَرُ لِنحوِ فصدٍ؛ لأنّه قيَّدَه بقولِه لِفَصْدٍ إلى آخِرِه، وهذا يُفيدُ تقييدَ النّظَرِ بغَرَضِ نحوَ الفصدِ ويلزمُ منه نفيُ الشّهْوةِ على أنّ ذاك فيه تفصيلٌ إذْ مع التعيينِ يَحِلُّ ولو مع الشّهْوةِ فإنْ قُلْت يَرُدُّ ذلك كلَّه جَعْلُه بلا شهوةٍ قيْدًا في الصّغيرةِ أيضًا قُلْت لا يَرُدُّه بل يُؤَيِّدُه؛ لأنّه إنّما قيَّدَ به فيها لإفادةِ حكمٍ خفيٍّ جِدًّا هو حرمةُ نَظَرِها مع الشّهْوةِ مع أنّ الفرضَ أنّها لا تُشْتَهى بل يُؤْخَذُ من هذا أنّه قيَّدَ جميعَ ما في كلامِه بغيرِ الشّهْوةِ؛ لأنّه يُعْلَمُ من هذا بالأولى وحينئذٍ فلا يَرِدُ عليه شيءٌ.

(و) الأصحُّ حِلُّ النّظَرِ (إلى صَغيرةٍ) لا تُشْتَهى كما عليه النّاسُ في الأعصارِ والأمصارِ ومن ثَمّ قيلَ حِكايةُ الخلافِ فيها أي فضْلًا عن الإشارةِ لِقوَّتِه يَكادُ أنْ يكون خَرْقًا للإجماعِ وجوَّزَ الماوَرْديُّ النّظَرَ لِمَنْ لا تُشْتَهى، وإنْ بَلَغَتْ تسعَ سِنين والوجه الضّبْطُ بما مَرَّ أنّ المدارَ على الاشتهاءِ وعدمِه بالنّسبةِ لِذَوي الطِّباعِ السّليمةِ فإنْ لم تُشْتَهَ لهم لِتَشَوُّهٍ بها قُدِّرَ فيما يظهرُ زَوالُ تَشَوُّهِها فإن اشتَهَوْها حينئذٍ حَرُمَ نَظَرُها وإلا فلا وفارَقت العجوزُ بأنّه سبَقَ اشتهاؤُها ولو تقديرًا فاستُصْحِبَ ولا كذلك الصّغيرةُ (إلا الفرْجَ) فيحرُمُ اتّفاقًا وما في الروضةِ عن القاضي من حِلِّه عَمَلًا بالعُرْفِ ضعيفٌ نعم، يَجوزُ نَظَرُه ومَسُّه لِنحوِ آلامِ زَمَنَ الرّضاعِ والتّربيةِ لِلضّرورةِ أمّا الصّبيُّ فيَحِلُّ نَظَرُ فرجِه ما لم يُمَيِّزْ والفرقُ أنّ فرجَها أفْحَشُ وقيلَ يحرُمُ ويَدُلُّ له خبرُ الحاكِمِ أنّ محمّدَ بنَ عياضٍ قال رُفعت إلى رَسولِ اللّه ﷺ في صِغَري وعليَّ خِرْقة وقد كُشِفت عَوْرَتي فقال: «غَطّوا عَوْرَتَه فإنّ حرمةَ عَوْرةِ الصّغيرِ كحرمةِ عَوْرةِ الكبيرِ ولا ينظرُ اللّه إلى كاشِفِ عَوْرَته»[١] وظاهرُ قولِه رُفعت وكونُها واقعةً قوليّةً والاحتمالُ يُعَمِّمُها يمنعُ حملها على المُمَيِّزِ

(فائدةٌ) رَوَى ابنُ عَساكِرَ في تاريخِه بسَنَدٍ ضعيفٍ عن أنَسٍ قال: رأيت رَسولَ اللّه ﷺ يُفرِّجُ بين رِجْلي الحسَنِ ويُقَبِّلُ ذكرَه[٢] وفي ذَخائِرِ العُقْبى للمُحِبِّ الطّبَريِّ عن أبي ظَبْيانَ قال: واللّه إنْ كان رَسولُ اللّه ﷺ لَيُفَرِّجُ بين رِجليه - يعني الحُسيْنَ - فيُقَبِّلُ زُبَيْبَتَه[٣] خرَّجَه ابنُ السُّرّيِّ وخرَّجَ أبو

---

(١) [موضوع] أخرجه: الحاكم في (المستدرك على الصحيحين) [٣/ ٢٨٨]، من حديث: محمد بن عياض رضي الله عنه.

قلتُ: حديث موضوع. ينظر: (السلسلة الضعيفة) للألباني [رقم/ ١٧٣٥].

(٢) [سنده ضعيف] أخرجه: ابن عساكر في (تاريخ دمشق) [١٣/ ٢٢٢]، وغيره من حديث: أنس بن مالك رضي الله عنه.

قلتُ: سنده ضعيف.

(٣) [سنده ضعيف] أخرجه: ابن أبي الدنيا في (العيال) [رقم/ ٢١١]، من طريق: قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه به مرسلًا.

قلتُ: سنده ضعيف.

وأنّ نَظَرَ العبْدِ إلى سَيِّدَتِه ونَظَرَ ممسوحٍ كالنّظَرِ إلى مَحْرَمٍ، وأنّ المُراهِقَ كالبالِغ.

حاتم أنّ أبا هُرَيْرَةَ أمَرَ الحسَنَ أنْ يَكْشِفَ له عن بَطْنِه ليُقَبِّلَ ما رَآه ﷺ يُقَبِّلُه فكشَفَ له فقَبَّلَ سُرَّتَه ا هـ ولا حُجّةَ في شيءٍ من هذه الأحاديثِ لِما ذكرَ نفيًا ولا إثباتًا خلافًا لِمَنْ تَوَهَّمَهُ.

(و) الأصحُّ (إنّ نَظَرَ العبدُ) العدْلُ ولا تَكْفي العِفة عن الزِّنا فقط غيرَ المشترَكِ والمُبَعَّضِ وغيرَ المُكاتَبِ كما في الروضةِ عن القاضي وأقَرَّه، وإنْ أطالوا في رَدِّه (إلى سيِّدَته) المُتَّصِفة بالعدالةِ أيضًا.

(و) الأصحُّ إنْ (نَظَرَ ممسوحٌ) ذكرُه كلُّه وأنثياه بشرطِ أنْ لا يبقى فيه مَيْلٌ لِلنّساءِ أصلًا وإسلامُه في المسلمةِ وعدالَتُه ولو أجنَبيًّا لأجنَبيّةٍ مُتَّصِفة بالعدالةِ أيضًا (كالنظَرِ إلى محرَم) فينظُرانِ منها ما عدا ما بين السُّرّةِ والرُّكْبةِ وتنظُرُ منهما ذلك لقوله تعالى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ﴾ [النور:٣١] ويَلْحَقانِ بالمحرَمِ أيضًا في الخلْوةِ والسّفَرِ وقولُ الأذرَعيِّ لا أحسَبُ في تَحْريمِ سفَرِ الممسوحِ معها خلافًا ممنوعٌ.

قال السُّبْكيُّ ولا خلافَ في جوازِ دخولِه عليهنّ بغيرِ حِجابٍ لا في نحوِ حِلِّ المسِّ وعدمِ نَقْضِ الوُضوءِ به وإنّما حَلَّ نَظَرُه لأمَته المشترَكةِ؛ لأنّ المالِكيّةَ أقوى من المملوكيّةِ فأُبيحَ للمالِكِ ما لا يُباحُ للمملوكِ كذا قيلَ وقضيّتُه حِلُّ نَظَرِها لِمُكاتَبِها وللمشترَكِ بينها وبين غيرِها وقد صرحوا بخلافِه فالذي يَتَّجِه في الفرقِ أنّ مَلْحَظَ نَظَرِ السّيِّدةِ الحاجةُ، وهي مُنْتَفيةٌ مع الكِتابةِ، أو الاشتراكِ ولا كذلك في السّيِّدِ ويُؤَيِّدُه نَقْلُ الماوَرْديِّ الاتِّفاقَ على أنّ العبدَ لا يلزمُه الاستئذانُ إلا في الأوقات الثلاثةِ وعَلّلوه بكثرةِ حاجَته إلى الدُّخولِ والخُروجِ والمُخالَطةِ قال بعضُهم: والمحرَمُ البالِغُ يستأذِنُ مُطْلَقًا ونَظَرَ غيرُه فيه والنّظَرُ مُتّجِهٌ فالأوجَه أنّه لا يلزَمُه الاستئذانُ إلا فيها كالمُراهِقِ الأجنَبيِّ بل أولى وأطالَ المُصَنِّفُ في مُسَوَّدةِ شرحِ المُهَذَّبِ وكثيرون من المُتَقَدِّمين والمُتأخِّرين في الانتصارِ لِمُقابِلِ الأصحِّ في العبدِ وأجابوا عن الآيَةِ بأنّها في الإماءِ المشترَكات وعن خبرِ أبي داوُد أنّ «فاطِمةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا استَتَرَتْ من عبدٍ وهَبَه ﷺ لها وقد أتاها به فقال ليس عليك بَأسٌ إنّما هو أبوك وغُلامُك»[1] بأنّه كان صَبيًّا إذِ الغُلامُ يختَصُّ حَقيقة به وبأنّها واقعةُ حالٍ مُحتَمَلةٍ وفيه نَظَرٌ؛ لأنّها قوليّةٌ والاحتمالُ يُعَمِّمُها وبِعِزّةِ العدالةِ في الإحرازِ فكيف بالمماليكِ مع ما غلب بل اطَّرَدَ فيهم من الفُسوقِ والفُجورِ لكن بتأمُّلِ ما مَرَّ من اشتراطِ عدالَتهما يندَفِعُ كلُّ ذلك ثمّ رأيت الأذرَعيَّ ذكرَ ذلك ولابنِ العِمادِ احتمالٌ بالجوازِ في مُبَعَّضٍ بينه وبينها مُهاياَةٌ في نَوْبَتها لاحتياجِها حينئذٍ إلى خِدْمَته وقياسُه مشترَكٌ هايأتْ فيه شَريكها والوجه الحرمةُ مُطْلَقًا كما صرّح به كلامُهم ولا نَظَرَ للحاجةِ مع ما فيه من الحُرّيّةِ، أو ملكِ الغيرِ،

(و) الأصحُّ (أنّ المُراهِقَ)، وهو مَنْ قارَبَ الاحتلامَ أي باعتبارِ غالِبِ سِنِّه، وهو قُرْبُ الخمسةَ عَشَرَ لا التسعِ ويحتَمِلُ خلافَه (كالبالِغِ) فيلزمُها الاحتجابُ منه كالمجنونِ فإنْ قُلْت هذا يُخالِفُ ما مَرَّ أنّه لا

---

(١) [صحيح] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/٤١٠٦]، وغيره من حديث: أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.
قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (إرواء الغليل) للألباني [رقم/١٧٩٩].

وَيَحِلُّ نَظَرُ رَجُلٍ إلى رَجُلٍ إلّا ما بين سُرّةٍ ورُكْبةٍ. وَيَحْرُمُ نَظَرُ أمرَدَ بشَهْوةٍ. قُلْتُ: وكذا بغيرِها في الأَصَحِّ المنْصوصِ.

يلزمُها سترُ وجهِها وكفَّيْها قُلْت يُحْمَلُ ما هنا على سترِ ما عداهما، أو على ما إذا عَلِمْت منه تعمُّدَ النّظَرِ إليها؛ لأنّه حينئذٍ يَجُرُّ للفتنةِ ويلزمُ وليَّه مَنْعُه النّظَرَ كما يلزمُه مَنْعُه سائِرَ المُحَرَّمات ولو ظهر منه تَشوُّفٌ لِلنّساءِ فكالبالِغ قطعًا والمُراهِقة كالبالِغةِ قيلَ وفي المُراهِقِ المجنونِ نَظَرٌ ا هـ وقضيّةُ تعليلِهم إلحاقَ المُراهِقِ بالبالِغ بظُهورِه على العورات وحِكايَته لها أنّه ليس مثله ثمّ رأيت الزّركشيَّ بحث ذلك أخذًا من كلامِ الإمامِ وما يأتي في رَمْيِه إذا نَظَرَ من كوّةٍ وفي كونِه يضمنُ إذا صَحَّ عليه أنّه لا بُدَّ فيه هنا من كونِه مُتَيَقِّظًا وخرج بالمُراهِقِ غيرُه ثمّ إنْ كان بحيثُ يحكي ما يَراه على وجهِه فكالمُحَرَّمِ وإلا فكالعدم.

(ويَحِلُّ نَظَرُ رجلٍ إلى رجلٍ) مع أمنِ الفتنةِ بلا شهوةٍ اتّفاقًا (إلا ما بين سُرّةٍ ورُكْبةٍ) ونفسِهما كما مَرَّ فيحرُمُ نَظَرُه مُطْلَقًا ولو من محرَمٍ؛ لأنّه عَوْرةٌ قال الأذرعيُّ والظّاهرُ أنّ المُراهِقَ كالبالِغِ ناظِرًا، أو مَنْظورًا ويَجوزُ لِلرَّجُلِ ذَلِكَ فخِذِ الرّجُلِ بشرطِ حائِلٍ وأمنِ فتنةٍ وأُخِذَ منه حِلُّ مُصافحةِ الأجنَبيّةِ مع ذَينك وأفْهَمَ تخصيصُه الحِلَّ معهما بالمُصافَحةِ حرمةَ مَسِّ غيرِ وجهِها وكفَّيْها من وراءِ حائِلٍ ولو مع أمنِ الفتنةِ وعدمِ الشّهْوةِ وعليه فيوَجَّه بأنّه مَظِنّةٌ لأحَدِهِما كالنّظَرِ وحينئذٍ فيَلْحَقُ بها الأمرَدُ في ذلك ويُؤَيِّدُه إطلاقُهم حرمةَ مُعانَقته الشّامِلةِ لِكونِها من وراءِ حائِلٍ، (ويحرُمُ) ولو على أمرَدَ (نَظَرُ) شيءٍ من بَدَنِ (أمرَدَ)، وهو مَنْ لم يَبْلُغْ أوانَ طُلوعِ اللِّحْيةِ غالِبًا ويظهرُ ضَبْطُ ابتدائِه بأنْ يكون بحيثُ لو كان صَغيرةً لاشتُهيَتْ لِلرِّجالِ ومَنْ زعم أنّه المُحْتَلِمُ مُرادُه البالِغُ سِنّ الاحتلام فلا يُنافي ما ذكرْته مع خوفِ فتنةٍ بأنْ لم يندُرْ وُقوعُها كما قاله ابنُ الصّلاحِ، أو (بشهوةٍ) إجماعًا وكذا كلُّ مَنْظورٍ إليه ففائِدةُ ذِكْرِها فيه تمييزُ طَريقة الرّافِعيِّ وضَبَطَ في الإحياءِ الشُّهْرةَ بأنْ يتأثّرَ بجَمالِ صورَته بحيثُ يُدْرِكُ من نفسِه فرقًا بينه وبين المُلْتَحي وقَريبٌ منه قولُ السُّبْكيّ هي أنْ ينظرَ فيَلْتَذَّ، وإنْ لم يشتَه زيادةَ رِقاعٍ أو مُقَدِّمةً له فإنّ ذلك زيادةٌ في الفُسوقِ وكثيرون يقتصِرون على مُجَرَّدِ النّظَرِ والمحبّةِ ظانّين سلامَتَهم من الإثمِ وليسوا بسالِمين منه (قُلْت وكذا) يحرُمُ نَظَرُه (بغيرِها) أي الشّهْوةِ ولو مع أمنِ الفتنةِ (في الأصحِّ المنصوصِ)، وإنْ نازع فيه حكمًا ونَقْلًا جمعٌ مُتَقَدِّمون ومُتأخِّرون حتى بالَغَ بعضُهم فزعم أنّه خَرْقٌ للإجماعِ وليس في مَحلِّه.

وإنْ وافَقَه قولُ البُلْقينيِّ يَحِلُّ مع أمنِ الفتنةِ إجماعًا وذلك؛ لأنّه مَظِنّةُ الفتنةِ كالمرأةِ بل قال في الكافي هو أعظَمُ إثمًا منها؛ لأنّه لا يَحِلُّ بحالٍ وإنّما لم يُؤْمَروا بالاحتجابِ للمَشَقة في تركِهم التّعلُّمَ والأسبابَ واكتفاءً بوجوبِ الغضِّ عنهم إلا لِحاجةٍ كما يأتي وقد بالَغَ السّلَفُ في التنفيرِ منهم وسَمَّوْهم الأنتانَ لاستقذارِهم شرعًا ووقع نَظَرُ بعضِهم على أمرَدَ فأعْجَبَه فأخبَرَ أستاذَه فقال سترى غِبَّه فنَسيَ القُرآنَ بعدَ عِشْرين سنةً وشرطُ الحرمةِ مع أمنِ الفتنةِ وانتفاءِ الشّهْوةِ أنْ لا يكون النّاظِرُ

والأصحُّ عندَ المُحقِّقينَ أنّ الأمةَ كالحُرّةِ، واللّه أعلمُ. والمرأةُ مع امرأةٍ كرَجُلٍ ورَجُلٍ. والأصحُّ تحريمُ نَظَرِ ذِمّيّةٍ إلى مُسلِمةٍ. وَجَوازُ نَظَرِ المرأةِ إلى بَدَنِ أجْنَبيٍّ سِوَى ما بين سُرَّتِه ورُكْبَتِه إنْ لم تَخَفْ فِتْنةً.

محرَمًا بنَسَبٍ وكذا رَضاعٍ، أو مُصاهَرةٍ على ما شَمَله إطلاقُهم ولا سيِّدًا ويظهرُ حِلُّ نَظَرِ مملوكِه وممسوحٍ إليه بشرطِهما السّابِقِ، وأنْ يكون المنظورُ جميلاً بحسبِ طَبْعِ النّاظِرِ؛ لأنّ الحُسنَ يختلفُ باختلافِ الطِّباعِ ويُفَرَّقَ بين هذا والرُّجوعِ فيه إذا شَرَطَ في المبيعِ مثلاً إلى العُرْفِ بناءً على الأصحِّ أنّ الملاحةَ وصْفٌ ذاتيٌّ بأنّ المدارَ ثَمَّ على ما تَزيدُ به الماليّةُ، وهو مَنوطٌ بالعُرْفِ لا غيرُ وهنا على ما قد يَجُرُّ لِفتنةٍ، وهو مَنوطٌ بمَيْلِ طَبْعِه لا غيرُ وإنّما لم يُقَيِّدوا النّساءَ بذلك؛ لأنّ لِكلِّ ساقِطةٍ لاقِطةً؛ ولأنّ الميْلَ إليهنّ طَبيعيٌّ وخرج بالنّظَرِ المسُّ فيحرُمُ، وإنْ حَلَّ النّظَرُ كما جزَمَ به بعضُهم وإنّما يَتّجِه إنْ قُلْنا بما يأتي عن مقتضى الروضةِ أنّ المُحَرَّمَ المرأةُ يحرُمُ مَسُّها مُطْلَقًا أمّا على المعتمدِ الآتي من التّفصيلِ فيَتعيّنُ مَجيءُ مثلِه هنا والخلْوةُ به فتَحْرُمُ لكن إنْ حَرُمَ النّظَرُ فيما يظهرُ والفرقُ بينها وبين المسِّ واضِحٌ بدليلِ اتِّفاقِهم في المرأةِ على حِلِّ خَلْوةِ المحرَمِ بها واختلافِهم في حِلِّ مَسِّه لها، وإنْ كان معه أمرَدُ آخرُ وأكثرُ كما يأتي.

(والأصحُّ عندَ المُحقِّقين أنّ الأمةَ كالحُرّةِ واللّه أعلمُ) لاشتراكِهما في الأُنوثةِ وخوفِ الفتنةِ بل كثيرٌ من الإماءِ يَفوقُ أكثرَ الحرائرِ جَمالاً فخوفُها فيهنّ أعظَمُ وضَرْبُ عمرَ رضي الله عنه لأمةٍ استَتَرَتْ كالحُرّةِ وقال: أتَتَشبَّهين بالحرائرِ يا لَكاعِ؟ لا يَدُلُّ للحِلِّ لاحتمالِ أنّه لإيذائِها الحرائرَ بظَنِّ أنّهُنّ هي؛ إذِ الإماءُ كُنّ يُقْصَدْنَ لِلزِّنا، والحرائرُ كُنّ يُعْرَفْنَ بالسّتْرِ ونازع فيه البُلْقينيُّ وأطالَ بما أشارَ الأذرعيُّ لِرَدِّه بذِكْرِ جمعٍ مُحقِّقين صرحوا بذلك وبأنّ الأدِلّةَ شاهِدةٌ له. **(والمرأةُ مع المرأةِ كرجلٍ ورجلٍ)** فيَحِلُّ حيثُ لا خوفَ فتنةٍ ولا شهوةٍ لها نَظَرُ ما عدا سُرَّتَها ورُكْبَتَها وما بينهما؛ لأنّه عَوْرةٌ **(والأصحُّ تحريمُ نَظَرِ ذِمّيّةٍ)** وكلِّ كافِرةٍ ولو حربيّةً **(إلى)** ما لا يَبْدو في المِهْنةِ من **(مسلمةٍ)** غيرَ سيِّدَتها ومحرَمِها لِمفهومِ قوله تعالى ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]؛ ولأنّها قد تَصِفُها لِكافِرٍ يَفْتِنُها وصَحَّ عن عمرَ رضي الله عنه مَنْعُها من دخولِ حَمّامٍ معها ودخولُ الذِّمّيّات على أُمّهات المُؤْمِنين الوارِدُ في الأحاديثِ الصّحيحةِ دليلٌ لِما صَحَّحاه من حِلِّ نَظَرِها منها ما يَبْدو في المِهْنةِ واعتمد جمعٌ ما اقتضاه المتنُ من أنّها معها كالأجنَبيِّ وأفتى المُصَنِّفُ أي بناءً على ما في المتنِ بحرمةِ كشْفِ نحوِ وجهِها لِلذِّمّيّةِ؛ لأنّها تُعينُها به على ما يُخْشَى منه مفسَدةٌ، وهو وصْفُها لِمَنْ قد تفتَتِنُ به وعلى محرَمٍ إذِ الكافِرُ مُكلَّفٌ بالفُروعِ على ما مَرَّ ولا يحرُمُ نَظَرُ المسلمةِ لها خلافًا لِمَنْ تَوَقَّفَ فيه إذْ لا محذورَ بوجهٍ ومثلُها فاسِقة بِسِحاقٍ، أو غيرِه كزِنًا، أو قيادةٍ فيحرُمُ التّكشُّفُ لها، (و) الأصحُّ **(جوازُ نَظَرِ المرأةِ إلى بَدَنِ أجنبيٍّ سِوَى ما بين سُرّتِه ورُكْبَتِه)** وسِواهما أيضًا كما مَرَّ **(إنْ لم تَخَفْ فتنةً)** ولا نَظَرَتْ بشهوةٍ «لِنظَرِ عائِشةَ رضي الله عنها الحبَشةَ يَلْعَبون في المسجِدِ والنّبيُّ ﷺ يَراها» وفارَقَ نَظَرُه إليها بأنّ بَدَنَها عَوْرةٌ ولِذا وجَبَ سَتْرُه بخلافِ

قُلْتُ: الأَصَحُّ التَّحْرِيمُ كَهو إليها، واللَّه أَعْلمُ.
وَنَظَرُها إلى مَحْرَمِها كَعَكْسِهِ. وَمَتَى حَرُمَ النَّظَرُ حَرُمَ المسُّ.

بَدَنِه (قُلت: الأصحُّ التحريمُ كهو) أي كنَظَرِه (إليها والله أعلمُ) للخبرِ الصّحيحِ أنّه ﷺ «أمَرَ مَيمونةَ وأُمَّ سلَمةَ وقد رَآهما ينظُرانِ لابنِ أُمِّ مَكْتوم بالاحتجابِ منه فقالتْ له أُمُّ سلَمةَ أليس هو أعمَى لا يُبْصِرُ فقال أفعمياوانِ أنتُما ألَستُما تُبْصِرانِه»[1] وليس في حديثِ عائِشةَ أنّها نَظَرَتْ وجوهَهم وأبدانَهم وإنّما نَظَرَتْ لَعِبَهم وحِرابَهم ولا يلزمُ منه تعمُّدُ نَظَرِ البدَنِ، وإنْ وقَعَ بلا قصْدٍ صَرَفته حالاً، أو أنّ ذلك قبلَ نُزولِ آيةِ الحِجابِ، أو وعائِشةُ لم تبلُغْ مَبْلَغَ النّساءِ قال الجلالُ البُلْقينيُّ وما اقتضاه المتنُ من حرمةِ نَظَرِها لِوجهِه ويَدَيْه بلا شهوةٍ وعندَ أمنِ الفتنةِ لم يَقُلْ به أحدٌ من الأصحابِ ورُدَّ بأنّ استدلالَهم بما مَرَّ في قِصّةِ ابنِ أُمِّ مَكْتوم والجوابُ من حديثِ عائِشةَ صريحٌ في أنّه لا فرقَ ويَرُدُّه أيضًا قولُ ابنِ عبدِ السّلام جازمًا به: جَزَمَ المذهبُ يجبُ على الرّجُلِ سدُّ طاقة تُشْرِفُ المرأةُ منها على الرّجالِ إنْ لم تنتَه بنَهْيِه أي وقد علم منها تعمُّدَ النَّظرِ إليهم ومَرَّ نَدْبُ نَظَرِها إليه للخِطْبةِ كهو إليها.

(ونَظَرُها إلى محرَمِها كعكسِه) أي كنَظَرِه إليها فتنظُرُ منه ما عدا ما بين السُّرّةِ والرُّكْبةِ ومَرَّ إلحاقُهما بما بينهما خلافًا لِما يوهِمُه كلامُ شارحٍ.

(ومتى حَرُمَ النَّظَرُ حَرُمَ المسُّ) بلا حائِلٍ وكذا معه إنْ خافَ فتنةً بل، وإنْ أمِنَها على ما مَرَّ بل المسُّ أولى بالحرمةِ؛ لأنّه أبلَغُ في إثارةِ الشّهْوةِ إذْ لو أنْزلَ به أفطَرَ، أو بالنّظَرِ فلا ويحرُمُ مَسُّ شيءٍ من الأمرَدِ على ما مَرَّ ومن عَوْرةِ المُماثِلِ، أو المحرَمِ وقد يحرُمُ النّظَرُ دون المسّ كأنْ أمكنَ طَبيبًا معرفةُ العِلّةِ بالمسّ فقط وكعُضوِ أجنبيّةٍ مُبانٍ يحرُمُ نَظَرُه فقط ودُبُرِ الحليلةِ يحرُمُ نَظَرُه أي على ضعيفٍ والأصحُّ حرمَتُهما في الأوّلِ وجوازُهما في الثاني وما أفْهمَه المتنُ أنّه حيثُ حَلَّ النّظَرُ حَلَّ المسُّ أغلَبيٌّ أيضًا فلا يَحِلُّ لِرجلٍ مَسُّ وجه أجنبيّةٍ، وإنْ حَلَّ نَظَرُه لِنحوِ خِطْبةٍ أو شَهادةٍ، أو تعليم ولا لِسيِّدةٍ مَسُّ شيءٍ من بَدَنِ عبدِها وعكسُه، وإنْ حَلَّ النّظَرُ وكذا الممسوحُ كما مَرَّ وما قيلَ وكذا مُمَيِّزٌ غيرُ مُراهِقٍ لا يَحِلُّ مَسُّه، وإنْ حَلَّ النّظَرُ مَرْدودٌ وما حَلَّ نَظَرُه من المحرَمِ قد لا يَحِلُّ مَسُّه كبَطْنِها ورِجْلِها وتقبيلِها بلا حائِلٍ لِغيرِ حاجةٍ ولا شَفَقة بل وكيَدِها على ما اقتضتْه عبارةُ الروضةِ لكن قال الإسنَويُّ أنّه خلافُ إجماعِ الأمّةِ وسببُه أنّ الرّافِعيَّ عَبَّرَ بسَلْبِ العمومِ المشترَطِ فيه تَقَدُّمُ النّفْيِ على كلٍّ، وهو ولا مَسَّ كلِّ ما يَحِلُّ نَظَرُه من المحارِمِ أي بل بعضِه كقولِك لا يَحِلُّ لِفُلانٍ تَزَوُّجُ كلِّ امرأةٍ فعبَّرَ المُصَنِّفُ بعمومِ السّلْبِ المشترَطِ فيه تَقَدُّمُ الإثبات على كلٍّ فقال يحرُمُ مَسُّ كلِّ ما حَلَّ نَظَرُه من المحرَمِ كلُّ ما لا يحرُمُ نَظَرُه منه حتى يُطابِقَ ما ذكرَه أعني الإسنَويَّ أوّلاً من شرطِ سلْبِ العمومِ

(١) [ضعيف] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٤١١٢]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ٢٧٧٨]، وابن حبان في (صحيحه) [رقم/ ٥٥٧٦]، وغيرهم من حديث: أم سلمة رضي الله عنها.
قلتُ: حديث ضعيف. ينظر: (ضعيف سنن أبي داود) للألباني [رقم/ ٨٨٧].

وَمُباحانِ لِفَصْدٍ وحِجامةٍ وعِلاجٍ.
قُلْتُ: ويُباحُ النَّظَرُ لِمُعامَلَةٍ وشَهادةٍ ....

فقولُه المشترَطِ فيه إلى آخِرِه يَتعيَّنُ تأويلُه بأنّ المُرادَ بتَقدُّمِ الإثبات على كلِّ تأخُّرُ النَّفْيِ عنها على أنّه يأتي في الإيلاءِ لِذلك تَحْقيقٌ تَتعيَّنُ مُراجَعَتُه وفي شرحِ مسلم يَحِلُّ مَسُّ رَأْسِ المحرَمِ وغيرِه مِمّا ليس بعَوْرةٍ إجماعًا أي حيثُ لا شهوةَ ولا خوفَ فتنةٍ بوجهٍ سواءٌ أَمَسَّ لِحاجةٍ أم شَفَقة وعَبَّرَ أصلُه وغيرُه بحيثُ بَدَلَ متى واستَحْسَنَه السُّبْكيُّ؛ لأنّ حيثُ اسمُ مَكان أو القصْدُ أنّ كلَّ مَكان حَرُمَ نَظَرُه حَرُمَ مَسُّه ومتى اسمُ زَمانٍ وليس مقصودًا هنا ورُدَّ بمَنْعِ عدمِ قصْدِه بل قد يُقْصَدُ إذِ الأجنَبيّةُ يحرُمُ مَسُّها وبعدَ نِكاحِها يَحِلُّ وبعدَ طلاقِها يحرُمُ والطِّفْلةُ تَحِلُّ ثُمّ تُحَرَّمُ وقبلَ زَمَنِ نحوِ مُعامَلةٍ يحرُمُ ومعه يَحِلُّ.

(ويُباحانِ) أي النَّظَرُ والمسُّ (لِفَصْدٍ وحِجامةٍ وعِلاجٍ) للحاجةِ لكن بحَضْرةِ مانِعِ خَلْوةٍ كمحرَمٍ، أو زوجٍ أو امرَأةٍ ثِقة لِحِلِّ خَلْوةِ رجلٍ بامرَأتَين ثِقَتَين يحتَشِمُهما وليس الأمرَدانِ كالمرأتَين خلافًا لِمَنْ بحثَه؛ لأنّ ما عَلَّلوا به فيهما من استحْياءِ كلٍّ بحَضْرةِ الأخرى لا يأتي في الأمرَدَين كما صرحوا به في الرّجُلينِ وبِشرطِ عدم امرَأةٍ تُحْسِنُ ذلك كعكسِه، وأنْ لا يكون غيرَ أمينٍ مع وجودِ أمينٍ ولا ذِمّيًّا مع وجودِ مسلم، أو ذِمّيّةٍ مع وجودِ مسلمةٍ وبحث البُلْقينيُّ أنّه يُقَدَّمُ في المرأةِ مسلمةٌ فصَبيٌّ مسلمٌ غيرُ مُراهِقٍ فمُراهِقٌ فكافِرٌ غيرُ مُراهِقٍ فمُراهِقٌ فامرَأةٌ كافِرةٌ فمحرَمٌ مسلمٌ فمحرَمٌ كافِرٌ فأجنَبيٌّ مسلمٌ فكافِرٌ اهـ ووافَقَه الأذرَعيُّ على تقديمِ الكافِرةِ على المسلم وفي تقديمِه لها على المحرَمِ نَظَرٌ ظاهرٌ والذي يَتَّجِه تقديمُ نحوِ محرَمٍ مُطْلَقًا على كافِرةٍ لِنَظَرِه ما لا تنظُرُ هي وممسوحٍ على مُراهِقٍ وأمهَرَ ولو من غيرِ الجنسِ والدِّيْنُ على غيرِه ووجودِ مَنْ لا يرضى إلا بأكثَرَ من أُجرةِ المِثْلِ كالعدمِ فيما يظهرُ بل لو وُجِدَ كافِرٌ يرضى بدونِها ومسلمٌ لا يرضى إلا بها احتَمَلَ أنّ المسلمَ كالعدمِ أيضًا أخذًا مِمّا يأتي أنّ الأمَّ لو طلبتْ أُجْرةَ المثلِ ووَجَدَ الأبُ مَنْ يرضى بدونِها سقَطَتْ حَضانةُ الأُمِّ ويحتَمِلُ الفرقَ ويظهرُ في الأمرَدِ أنّه يتأتّى فيه نظيرُ ذلك التّرتيبِ فيُقَدَّمُ مَنْ يَحِلُّ نَظَرُه إليه فغيرُ مُراهِقٍ فمُراهِقٌ فمسلمٌ ثِقة فكافِرٌ بالِغٌ ويُعْتَبَرُ في الوجه والكفِّ أدْنَى حاجةٍ وفيما عداهما مُبيحُ تَيَمُّمٍ إلا الفرَجَ وقَريبَه فيُعْتَبَرُ زيادةٌ على ذلك، وهي أنْ تَشْتَدَّ الضّرورةُ حتى لا يُعَدَّ الكشْفُ لِذلك هَتْكًا للمُروءةِ.

(قُلْت ويُباحُ النَّظَرُ) للوجه فقط (لِمُعامَلةٍ) كبيعٍ وشراءٍ ليرجِعَ بالعُهْدةِ ويُطالِبَ بالثمَنِ مثلًا (وشَهادةٍ) تَحَمُّلًا وأداءً لها، أو عليها كنَظَرِ الفرَجِ لِلشَّهادةِ بزِنًا، أو وِلادةٍ أو عيالةٍ، أو التحامِ إفضاءٍ والثّدْيِ لِلرَّضاعِ للحاجةِ وتعمُّدُ النَّظَرِ لِلشَّهادةِ لا يَضُرُّ، وإنْ تَيَسَّرَ وجودُ نِساءٍ، أو مَحارِمَ يشْهَدون على الأوجُه ويُفَرَّقُ بينه وبين ما مَرَّ في المُعالَجةِ بأنّ النّساءَ ناقِصاتٌ وقد لا يُقْبَلنَ والمحارِمُ ونحوُهم قد لا يشْهَدون ثُمّ رأيت بعضُهم أجابَ بأنّهم وسَّعوا هنا اعتناءً بالشّهادةِ والنّظَرُ لِغيرِ ذلك مُفَسِّقٌ على ما قاله الماوَرْديُّ وقضيّتُه أنّه كبيرةٌ لكن في عَدِّهم لِلصَّغائِرِ ما يُخالِفُه وتَكَلُّفُ الكشْفِ لِلتَّحَمُّلِ

وَتَعْليمٍ ونَحْوِها بقدرِ الحاجةِ، واللّٰه أعْلَمُ.

والأداءِ فإن امتنعتْ أَمَرَت امرأةً، أو نحوَها بكشفِها قال السُّبْكيُّ وعندَ نِكاحِها لا بُدَّ أنْ يعرِفَها الشّاهِدانِ بالنّسَبِ، أو يَكْشِفَ وجهَها؛ لأنّ التّحمُّلَ عندَ النّكاحِ مُنَزَّلٌ منزلةَ الأداءِ ا هـ وفي ذلك بَسطٌ ذكرْته في الفتاوَى ويأتي بعضُه، ولو عَرَفَها الشّاهِدانِ في النِّقابِ لم يحتج للكشْفِ فعليه يحرُمُ الكشْفُ حينئذٍ إذْ لا حاجةَ إليه ومتى خَشيَ فتنةً، أو شهوةً لم ينظُرْ إلا إنْ تعيَّنَ قال السُّبْكيُّ ومع ذلك يأثَمُ بالشّهْوةِ، وإنْ أُثيبَ على التّحمُّلِ؛ لأنّه فعلٌ ذو وجهَين.

وقال بعضُهم: ينبغي الحِلُّ مُطْلَقًا؛ لأنّ الشّهْوةَ أمرٌ طَبيعيٌّ لا ينفَكُّ عن النّظَرِ فلا يُكلَّفُ الشّاهِدُ بإزالَتها ولا يُؤاخَذُ بها كما لا يُؤاخَذُ الزوجُ بمَيْلِ قلْبه لِبعضِ نِسوَته والحاكِمُ بمَيْلِ قلْبه لِبعضِ الخُصومِ والذي يَتَّجِه حملُ الأوّلِ على ما باختيارِه والثاني على خلافِه كما يقتضيه ما نَظَرَ به وبحث الزّركشيُّ أنّ حِلَّ نَظَرِ الشّاهِدِ مُفرَّعٌ على المذهبِ أنّه لا يكفي تعريفُ عَدْلٍ أمّا على ما عليه العمَلُ كما يأتي في الشّهادات فلا شَكَّ في امتناعِه ا هـ.

وفيه نَظَرٌ؛ لأنّا وإنْ قُلْنا به النّظَرُ أحوَطُ وأولى وكفَى بذلك حاجةً مُجوِّزةً له (وتعليمٌ) لأمْرَدَ وأنثى كما صرّح به السّياقُ خلافًا لِما يوهِمُه كلامُ شارِحٍ من اختصاصِه بالأمرَدِ قال السُّبْكيُّ وغيرُه هذه من تَفَرُّدات المنهاجِ أي دون الروضةِ وأصلُها وإلا فهي في شرحِ مسلم والفتاوَى وإنّما يظهرُ فيما يجبُ تعلُّمُه وتعليمُه كالفاتحةِ وما يَتعيَّنُ فيه ذلك من الصّنائعِ المُحْتاجِ إليها بشرطِ فقْدِ جنسٍ ومحرَمٍ صالِحٍ وتعذُّرِه من وراءِ حِجابٍ ووجودِ مانِعِ خَلْوةٍ أخذًا مِمّا مَرَّ في العِلاجِ لا فيما لا يُجِبُّ كما يَدُلُّ له قولُه: الآتي في الصّداقِ تعذَّرَ تعليمُه على الأصحِّ وعَلَّله الرّافِعيُّ بخَشْيةِ الوُقوعِ في التُّهْمةِ والخلْوةِ المُحَرَّمةِ ومُقابِلُه يُعَلِّمُها من وراءِ حِجابٍ بغيرِ خَلْوةٍ فالوجهانِ مُتَّفِقانِ على تَحْريمِ النّظَرِ ا هـ. وقال جمعٌ لا يتقَيَّدُ الحِلُّ بالواجبِ وفَرَّقوا بين هذا وما في الصّداقِ بأنّ تعليمَ المُطْلَقِ يَمْتَدُّ معه الطّمَعُ لِسَبْقِ مُقَرَّبٍ إلا لُغَةً بخلافِ الأجنَبيِّ وعليه فلا بُدَّ من تلك الشُّروطِ هنا أيضًا، وظاهرٌ أنّها لا تُعْتَبَرُ في الأمرَدِ كما عليه الإجماعُ الفعليُّ ويَتَّجِه اشتراطُ العدالةِ فيهما كالمملوكِ بل أولى (ونحوَها) كأمةٍ يُريدُ شراءَها فينظُرُ ما عدا عَوْرَتَها وحاكِمٍ يحكُمُ لها أو عليها، أو يُحَلِّفُها وإنّما يَجوزُ النّظَرُ في جميعِ ما مَرَّ (بقدرِ الحاجةِ واللّٰه أعلمُ).

فلا يَجوزُ أنْ يُجاوِزَ ما يحتاجُ إليه؛ لأنّ ما حَلَّ لِضَرورةٍ يُقَدَّرُ بقدرِها ومن ثَمَّ قال الماوَرْديُّ لو عَرَفَها الشّاهِدُ بنَظْرةٍ لم تَجُزْ ثانيةٌ أو برُؤْيةِ بعضِ وجهِها لم يَجُزْ له رُؤْيةُ كلِّه وما في البحرِ عن جُمْهورٍ من الفُقَهاءِ أنّه يستوعِبُه مَبنيٌّ على الضّعيفِ السّابِقِ من حِلِّ نَظَرِ وجهِها حيثُ لا فتنةَ ولا شهوةَ وكلُّ ما حَلَّ له نَظَرُه منها للحاجةِ يَحِلُّ لها نَظَرُه منه للحاجةِ أيضًا كالمُعامَلةِ وغيرِها مِمّا مَرَّ.

(فرع): وطِئَ حَليلَتَه مُتَفَكِّرًا في مَحاسِنِ أجنَبيّةٍ حتى خُيِّلَ إليه أنّه يَطَؤُها فهل يحرُمُ ذلك التّفَكُّرُ والتّخَيُّلُ اختلف في ذلك جمعٌ مُتأخِّرون بعدَ أنْ قالوا إنّ المسألةَ ليستْ منقولةً فقال جمعٌ مُحقِّقون

....

كابنِ الفِرْكاحِ وجَمالِ الإسلام ابنِ البِزْرِيِّ والكمالِ الرَّدّادِ شارِحِ الإرشادِ والجلالِ السُّيوطيِّ وغيرِهم يَحِلُّ ذلك واقتضاه كلامُ التَّقِيِّ السُّبْكيِّ في كلامِه على قاعِدةِ سدِّ الذَّرائِعِ واستَدَلَّ الأوَّلُ لِذلك بحديثِ «إنّ اللّهَ تعالى تَجاوَزَ لأُمَّتي ما حَدَّثَتْ به أنفُسَها»(١) ولَك رَدُّه بأنّ الحديثَ ليس في ذلك بل في خاطِرٍ تَحَرَّك في النَّفْسِ هل يَفْعَلُ المعصيةَ كالزِّنا ومُقَدِّماته، أو لا فلا يُؤاخَذُ به إلا إنْ صَمَّمَ على فعلِه بخلافِ الهاجِسِ والواجِسِ وحديثِ النَّفْسِ والعزْمِ وما نحن فيه ليس بواحِدٍ من هذه الخمسةِ؛ لأنّه لم يخطُرْ له عندَ ذلك التَّفكُّرِ والتَّخيُّلِ فعلُ زِنًا ولا مُقَدِّمةٌ له فضْلاً عن العزْمِ عليه وإنّما الواقعُ منه تَصَوُّرُ قبيحٍ بصورةِ حَسَنٍ فهو مُتَناسٍ للوَصْفِ الذّاتيِّ مُتَذَكِّرٌ للوَصْفِ العارِضِ باعتبارِ تَخَيُّلِه وذلك لا محذورَ فيه إذْ غايَتُه أنّه تَصَوُّرُ شيءٍ في الذِّهْنِ غيرُ مُطابِقٍ للخارِجِ فإنْ قُلْت يلزمُ من تَخَيُّلِه وُقوعَ وطْئِه في تلك الأجنبيّةِ أنّه عازِمٌ على الزِّنا بها قُلْت ممنوعٌ كما هو واضِحٌ وإنّما اللّازِمُ فرضُ موطوءَته هي تلك الحسناءُ وقد تقرّر أنّه لا محذورَ فيه على أنّا لو فرَضْنا أنّه يَضُمُّ إليه خُطورَ الزِّنا بتلك الحسناءِ لو ظَفَرَ بها حَقيقة لم يأثَم إلا إنْ صَمَّمَ على ذلك فاتَّضَحَ أنّ كلًّا من التَّفكُّرِ والتَّخيُّلِ حالُ غيرِ تلك الخواطِرِ الخمسةِ، وأنّه لا إثمَ إلا إنْ صَمَّمَ على فعلِ المعصيةِ بتلك المُتَخَيَّلةِ لو ظَفَرَ بها في الخارِجِ قال ابنُ البِزْرِيِّ وينبغي كراهةُ ذلك ورُدَّ بأنّ الكراهةَ لا بُدَّ فيها من نَهْيٍ خاصٍّ أي، وإن استُفيدَ من قياسٍ، أو قوّةِ الخلافِ في وجوبِ الفعلِ فيُكْرَه تركُه كغُسلِ الجُمُعةِ أو حرمَته فيُكْرَه كلَعِبِ الشِّطْرَنْجِ إذْ لم يصحَّ في النّهيِ عنه حديثٌ ونَقَلَ ابنُ الحاجِّ المالِكيُّ عن بعضِ العُلَماءِ أنّه يُستَحَبُّ فيُؤْجَرُ عليه؛ لأنّه يَصونُ به دينَه واستَقَرَّ به بعضُ المُتأخِّرين مِنّا إذا صَحَّ قصْدُه بأنْ خَشيَ تعلُّقَها بقَلْبه واستأْنَسَ له بما في الحديثِ الصّحيحِ من أمرِ «مَنْ رَأى امرأةً فأعجَبَتْه أنه يأتي امرأتَه فيواقعُها» ا هـ.

وفيه نَظَرٌ؛ لأنّ إدْمانَ ذلك التَّخيُّلِ يُبْقي له تعلُّقًا ما بتلك الصّورةِ فهو باعِثٌ على التَّعَلُّقِ بها لا أنّه قاطِعٌ له وإنّما القاطِعُ له تَناسي أوصافِها وخُطورِها ببالِه ولو بالتّدْريجِ حتى ينقطعَ تعلُّقُه بها رأسًا وقال ابنُ الحاجِّ المالِكيُّ يحرُمُ على مَنْ رَأى امرأةً أعجبَتْه وأتى امرأتَه جَعْلُ تلك الصّورةِ بين عَيْنَيْه وهذا نَوْعٌ من الزِّنا كما قال عُلَماؤُنا فيمَنْ أخذَ كوزًا يشرَبُ منه فتَصَوَّرَ بين عَيْنَيْه أنّه خمرٌ فشَرِبَه أنّ ذلك الماءَ يَصيرُ حرامًا عليه ا هـ.

ورَدَّه بعضُ المُتأخِّرين بأنّه في غايةِ البُعْدِ ولا دليلَ عليه وإنّما بَناه على قاعِدةِ مذهبه في سدِّ الذّرائِعِ وأصحابُنا لا يقولون بها ووافَقَه الإمامُ أحمَدُ الزّاهِدُ، وهو شافِعيٌّ غَفْلةً عن هذا البِناءِ ا هـ.

وقد بَسَطْت الكلامَ على هذه الآراءِ الأربعةِ في الفتاوَى وبَيَّنْت أنّ قاعِدةَ مذهبه لا تَدُلُّ لِما قاله في المرأةِ وفَرَّقت بينها وبين صورةِ الماءِ بفرقٍ واضِحٍ لا غُبارَ عليه فراجِعْ ذلك كلَّه فإنّه مُهِمٌّ فإنْ قُلْت

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٦٢٨٧]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٢٧]، وغيرهما من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه.

وَلِلزَّوْجِ النَّظَرُ إِلى كُلِّ بَدَنِها.

يُؤَيِّدُ التحريمَ قولُ القاضي حُسيْنٍ كما يحرُمُ النَّظرُ لِما لا يَحِلُّ يحرُمُ التّفكُّرُ فيما لا يَحِلُّ لقوله تعالى ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْاْ مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِۦ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء :٣٢] فمَنَعَ من التَّمَنّي لِما لا يَحِلُّ كما مَنَعَ من النَّظَرِ لِما لا يَحِلُّ قُلْت استدلالُ القاضي بالآيةِ وقولُه عَقِبَها فمَنَعَ من التَّمَنّي إلَخ صريحانِ في أنَّ كلامَه ليس فيما نحن فيه من التَّفكُّرِ والتَّخيُّلِ السّابِقَين وإنّما هو في حرمةِ تَمَنّي حُصولِ ما لا يَحِلُّ له بأنْ يتمَنّى الزِّنا بفُلانةَ، أو أنْ تَحْصُلَ له نِعْمةُ فُلانٍ بعدَ سلْبِها عنه ومن ثَمَّ ذكرَ الزّركشيُّ كلامَه في قاعِدةِ حرمةِ تَمَنّي الرَّجُلِ حالَ أخيه من دينٍ، أو دُنْيا قال والنَّهيُ في الآيةِ لِلتَّحْريم وغَلَّطوا مَنْ جعله لِلتنزيه نعم، إنْ ضَمَّ في مسألَتِنا إلى التَّخيُّلِ والتَّفكُّرِ تَمَنّيَ وطْئِها زِنًا فلا شَكَّ في الحرمةِ؛ لأنّه حينئذٍ مُصَمِّمٌ على فعلِ الزِّنا راضٍ به وكِلاهما حرامٌ ولم يتأمَّلْ كلامَ القاضي هذا مَنِ استَدَلَّ به للحرمةِ ولا مَنْ أجابَ عنه بأنّه لا يلزمُ من تَحْريمِ التَّفكُّرِ تَحْريمُ التَّخيُّلِ إذِ التَّفكُّرُ إعمالُ النَّظَرِ في الشيءِ كما في القاموسِ اهـ.

(وللزوجِ) والسّيِّدِ في حالِ الحياةِ (النّظرُ إلى كلِّ بَدَنِها) أي الزوجةِ والمملوكةِ التي تَحِلُّ وعكسُه، وإنْ مَنَعَها كما اقتضاه إطلاقُهم، وإنْ بحث الزّركشيُّ مَنْعَها إذا مَنَعَها ولو الفرجَ لكن مع الكراهةِ ولو حالةَ الجِماعِ، وباطِنُه أشَدُّ وذلك؛ لأنّها مَحَلُّ استمتاعِه وعكسُه وللخبرِ الصّحيحِ «احفَظْ عَوْرَتَك إلا من زوجَتِك وأَمَتِك»[1] أي فهي أولى أنْ لا تُحْفَظَ منه؛ لأنّ الحقَّ له لا لها ومن ثَمَّ لَزِمَها تمكينُه من التَّمَتُّعِ، ولا عكسَ وقيلَ يحرُمُ نَظَرُ الفرجِ لِخبرِ «إذا جامع أحدُكم زوجَتَه أو أَمَتَه فلا ينظُرُ إلى فرجِها فإنَّ ذلك يورِثُ العمَى»[2] أي في النّاظِرِ، أو الولدِ أو القلْبِ حَسَّنَه ابنُ الصّلاحِ وخَطَّأَ ابنَ الجوْزيِّ في ذِكْرِه له في الموضوعات ورُدَّ بأنَّ أكثرَ المُحَدِّثين على ضَعْفِه، وأنكر الفارِقيُّ جَرَيانَ خلافٍ في حرمةِ نَظَرِه حالةَ الجِماعِ وقولُ الدّارِميِّ لا يَحِلُّ نَظَرُ حَلْقةِ الدُّبُرِ قطعًا؛ لأنّها ليستْ مَحَلَّ استمتاعِه ضعيفٌ ففي النّهايةِ وغيرِها وجَرَيا عليه يَحِلُّ التّلَذُّذُ بالدُّبُرِ من غيرِ إيلاجٍ؛ لأنَّ جُمْلةَ أجزائِها مَحَلُّ استمتاعِه إلا ما حَرَّمَ اللّه تعالى من الإيلاجِ وعليه ينبغي كراهةُ نَظَرِه خُروجًا من الخلافِ وخرج بالنَّظَرِ المسُّ فلا خلافَ في حِلِّه ولو للفرجِ وبِحالِ الحياةِ ما بعدَ الموت فهو كالمحرَمِ وبالتي تَحِلُّ زوجةٌ مُعتَدّةٌ عن شُبهةٍ ونحوَ أمةٍ مَجوسيّةٍ فلا يَحِلُّ له إلا نَظَرُ ما عدا ما بين سُرَّتِها ورُكْبَتِها.

(تنبيهٌ) كلُّ ما حَرُمَ نَظَرُه منه أو منها مُتَّصِلًا حَرُمَ نَظَرُه مُنْفَصِلًا كقُلامةِ يَدٍ، أو رِجْلٍ والفرقُ مَبنيٌّ

---

(١) [صحيح بشواهده] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٤٠١٧]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ٢٧٦٩]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ١٩٢٠]، وغيرهم من طريق: بهز بن حكيم عن أبيه عن جده به.

قلتُ: حديث صحيح بشواهده. ينظر: (السلسلة الصحيحة) للألباني [رقم/ ١٧٠٦].

(٢) [موضوع] أخرجه: ابن عدي في (الكامل) [٢/ ٧٥]، من حديث: ابن عباس رضي الله عنهما.

قلتُ: حديث موضوع. ينظر: (السلسلة الضعيفة) للألباني [رقم/ ١٩٥].

فَصْلٌ

تَحِلُّ خِطْبَةُ خَلِيَّةٍ عن نِكاحٍ وعِدَّةٍ، ....

على مُقابِلِ الصّحيحِ في قولِه وكذا وجهُها إلَخْ وشَعْرُ امرَأةٍ وعانةِ رجلٍ فتجبُ مواراتُهما والمُنازعةُ في هذينِ بأنّ الإجماعَ الفعليَّ بإلقائِهما في الحمّامات والنّظرُ إليهما يَرُدُّ ذلك قدَّمْت في مَبْحَثِ الانتفاعِ بالشّارعِ في إحياءِ المواتِ ما يَرُدُّه فراجِعْه قال القاضي وكدَم فصدٍ مثلاً وما قيلَ ما لم يتميَّزْ بشَكْلِه كشَعْرٍ ينبغي حِلُّه غَفْلَةٌ عمّا في الروضةِ فإنّه نَقَلَ ذلك احتمالاً للإمامِ ثمّ ضَعَّفَه بأنّه لا أثَرَ لِلتَّميُّزِ مع العلمِ بأنّه جُزْءٌ مِمَّنْ يحرمُ نَظَرُه وتَحْرُمُ مُضاجَعةُ رجلينِ، أو امرَأتينِ عاريَّينِ في ثَوْبٍ واحِدٍ، وإنْ لم يتماسّا وبحث استثناءَ الأبِ أو الأمِّ لِخبرٍ صحيحٍ فيه بَعيدٌ جِدًّا وبِفرضِ دَلالةِ الخبرِ لِذلك يَتعيَّنُ تأويلُه بما إذا تَباعدا بحيثُ أُمِنَ تماسٌّ وريبةٌ قطعًا وإذا بَلَغَ الصّبيُّ أو الصّبيّةُ عَشْرَ سِنين وجَبَ التّفريقُ بينه وبين أُمِّه وأبيه وأختِه وأخيه كذا قالاه واعتَرَضا بالنّسبةِ للأبِ والأمِّ للخبرِ السّابِقِ وقد يوَجَّه ما قالاه بأنّ ضَعْفَ عقلِ الصّغيرِ مع إمكانِ احتلامِه قد يُؤَدّي إلى محظورٍ ولو بالأمِّ وقضيّةُ إطلاقِهما حرمةُ تمكينِهما من التّلاصُقِ ولو مع عدمِ التّجرُّدِ ومن التّجرُّدِ ولو مع البُعْدِ وقد جمعهما فِراشٌ واحدٌ وليس ببَعيدٍ لِما قررْته، وإنْ قال السُّبْكيُّ يَجوزُ مع تَباعُدِهما، وإن اتّحَدَ الفِراشُ ويُكْرَه للإنسانِ نَظَرُ فرجِ نفسِه عَبَثًا.

فصل في الخِطْبةِ بكسرِ الخاءِ، وهي التماسُ النّكاحِ

(تَحِلُّ خِطْبةُ خَلِيَّةٍ عن نِكاحٍ وعِدّةٍ) تصريحًا وتعريضًا وتَحْرُمُ خِطْبةُ المنْكوحةِ كذلك إجماعًا فيهما وسيُعْلَمُ من كلامِه أنّه يُشْتَرَطُ خُلوُّها أيضًا من بَقيّةِ مَوانِعِ النّكاحِ ومن خِطْبةِ الغيرِ قيلَ يَرِدُ على مفهومِه المعتدّةُ عن وطْءِ شُبهةٍ لِحِلِّ خِطْبَتِها مع عدم خُلوِّها من العِدّةِ المانِعةِ لِلنّكاحِ؛ لأنّ ذا العِدّةِ ليس له حَقٌّ في نِكاحِها وعلى مَنْطوقِه المُطَلَّقة ثلاثًا فَلا تَحِلُّ لِمُطَلِّقِها خِطْبَتُها حتى تنكِحَ زوجًا غيرَه وتعتَدَّ منه ا هـ ويُرَدُّ الأوّلُ بأنّ الجائِزَ إنّما هو التعريضُ خلافًا لِمَنْ زعم جوازَ التّصريحِ لها، وهو مفهومٌ من قولِه الآتي لا تصريحَ لِمُعتَدّةٍ فساوَتْ غيرَها والثاني بأنّه لا يُتَوَهَّمُ الوُرودُ فيه لا بعدَ عِدّةِ الأوّلِ وقبلَ نِكاحِها وهذه قامَ بها مانِعٌ فهي كخَليّةٍ محرَم له فكما لا تَرِدُ هذه؛ لأنّ المُرادَ الخليّةُ من جميعِ الموانِعِ كما تقرّر وإنّما خُصّا؛ لأنّ الكلامَ فيهما لا تَرِدُ تلك لِذلك وبهذا يندَفِعُ أيضًا قولُ بعضِهم يَرِدُ عليه إيهامُه حِلَّ خِطْبةِ الأمةِ المُستفرَشةِ، وإنْ لم يُعْرِض السّيِّدُ عنها وفيه نَظَرٌ لِما فيه من إيذائِه إذْ هي في معنى الزوجةِ ا هـ.

والذي يَتّجِه حرمَتُه مُطْلَقًا ما لم تَقُم قرينةٌ ظاهرةٌ على إعراضِ السّيِّدِ عنها ومَحَبَّته لِتزويجِها ووجه اندِفاعِه أنّ هنا مانِعًا هو إفسادُها عليه بل مُجَرّدُ علمِه بامتدادِ نَظَرِ غيرِه لها مع سُؤالِه له في ذلك إيذاءٌ له أي إيذاءٌ، وإنْ فُرِضَ الأمنُ عليها من الفسادِ وقد عُرِفَ أنّ انتفاءَ سائِرِ الموانِعِ مُرادٌ وهذا من جُمْلَتِها وبهذا يَتّضِحُ أيضًا أنّه لا يَرِدُ عليه قولُ الماوَرْديِّ يحرُمُ على ذي أربَعِ الخِطْبةُ أي لِقيامِ المانِعِ

لا تَصْرِيحٌ لِمُعْتَدَّةٍ، ولا تَعْرِيضٌ لِرَجْعِيّةٍ، ويَحِلُّ تَعْرِيضٌ في عِدّةِ وفاةٍ وكذا لِبائِنٍ في الأظْهَرِ.

منه وقياسُه تَحْرِيمُ نحوِ أخت زوجَته ا هـ ولم يَرَ ذلك البُلْقينيُّ فبحث الحِلَّ إذا كان قصْدُه أنّها إذا أجابَتْ أبانَ واحدةً وكذا في نحوِ أخت زوجَته، وهو مُتَّجِهٌ وبحث حرمةُ خِطْبةِ صَغيرةٍ ثَيِّبٍ، أو بكْرٍ لا مُجْبِرَ لها ضعيفٌ إلا إنْ أرادَ إيقاعَ عقدٍ فاسِدٍ وتَحِلُّ خِطْبةُ نحوَ مَجوسيّةٍ لينكِحَها إذا أسلَمت وأفْهَمَ قولُه تَحِلُّ أنّها لا تندُبُ، وهو ما نَقَلاه عن الأصحابِ وقال الغزاليُّ تُسَنُّ واحتَجّا له بفعلِه ﷺ وجَرى عليه النّاسُ وبحث بعضُهم أنّها كالنّكاحِ؛ لأنّ للوَسائِلِ حكمَ المقاصِدِ قال لكن يلزمُ منه وجوبُها إذا أوجَبنا النّكاحَ، وهو مُستبعَدٌ ا هـ.

ولا بُعْدَ فيه إذا سلِمَ كونُها وسيلةً ومن ثَمَّ كان تصريحُهم بكراهةِ خِطْبةِ المُحْرِمِ مع حرمةِ نِكاحِه مَحَلُّه حيثُ لم يخطُبْها لينكِحَها مع الإحرامِ وإلا حَرُمت وكذا يُقالُ في خُطْبةِ الحلالِ للمُحْرِمةِ وفارَقت المعتدّةُ لِتوَقُّفِ الانقضاءِ على إخبارِها الذي قد تَكْذِبُ فيه بخلافِ الإحرام فإنّ التّحَلُّلَ منه لا يتوَقَّفُ على إخبارِها وقد يُقالُ إنْ أُريدَ بها مُجَرَّدُ الالتماسِ كانت حينئذٍ وسيلةً لِلنّكاحِ فلْيكن حكمُها حكمَه من نَدْبٍ وغيرِه حتى الوجوبِ، أو الكيْفيّةِ المخصوصةِ من الإتيانِ لأوليائِها مع الخِطْبةِ فهي سُنّةٌ مُطْلَقًا فادّعاءُ أنّها وسيلةٌ لِلنّكاحِ، وأنّ للوَسائِلِ حكمَ المقاصِدِ ممنوعٌ بإطلاقِه لِعدمِ صِدْقِ حَدِّ الوسيلةِ عليها إذِ النّكاحُ لا يتوَقَّفُ عليها بإطلاقِها إذْ كثيرًا ما يقعُ بدونِها وخرج بالخليّةِ المُزَوَّجةِ فتَحْرُمُ خِطْبَتُها تصريحًا وتعريضًا كما مَرَّ والمعتدّةُ لكن لَمّا كان فيها تفصيلٌ ذكرَه بقولِه (لا تصريحَ) من غيرِ ذي العِدّةِ لِمُستبرَأةٍ، أو (لِمُعتَدّةٍ) عن وفاةٍ، أو شُبهةٍ، أو فِراقٍ بطلاقٍ بائِنٍ، أو رجعيٍّ، أو بفسخٍ، أو انفساخٍ فلا يَحِلُّ إجماعًا؛ لأنّها قد ترغَبُ فيه فتَكْذِبُ على انقضاءِ العِدّةِ وواضِحٌ أنّ هذه حِكْمةٌ فلا تَرِدُ العِدّةُ بالأشهرِ، وإنْ أمِنَ كذِبَها إذا علم وقتَ فِراقِها أمّا ذو العِدّةِ فتَحِلُّ له إنْ حَلَّ له نِكاحُها بخلافِ ما إذا لم يَحِلَّ كأنْ طَلَّقَها ثلاثًا، وهي في عِدّته وكأنْ وطِئَ. مُعتَدّةً بشُبهةٍ فحَمَلَتْ فإنّ عِدّتَه تُقَدَّمُ ولا يَحِلُّ له خِطْبَتُها إذْ لا يَحِلُّ له نِكاحُها (ولا تعريضَ لِرجعيّةٍ) ومُعتَدّةٍ عن رِدّةٍ؛ لأنّهما في معنى الزوجةِ لِعَوْدِهِما لِلنّكاح بالرّجعةِ والإسلام (ويَحِلُّ تعريضٌ) بغيرِ جِماعٍ (في عِدّةِ وفاةٍ) ولو حامِلًا لِآيَتِها، وهي ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥] وخَشْيةُ إلقائِها الحملَ لِتعجيلِ الانقضاءِ نادِرةٌ فلا يُنْظَرُ إليها (وكذا) يَحِلُّ التعريضُ (لِبائِنٍ) مُعتَدّةٍ بالأقراءِ، أو الأشهرِ (في الأظهرِ) لِعمومِ الآيةِ وأورِدَ عليه بائِنٌ بثلاثٍ، أو رَضاعٍ أو لِعانٍ فإنّه لا خلافَ في حِلِّ التعريضِ لها وقد يُجابُ بأنّ بعضَهم أجراه أيضًا فلَعَلَّ المُصَنِّفَ يرتَضيه والمعتدّةُ عن شُبهةٍ قيلَ مِمّا لا خلافَ فيه وقيلَ مِمّا فيه الخلافُ ولِجوابِ الخِطْبةِ حكمُها في التّفْصيلِ المذكورِ ثمّ التّصْريحُ ما يقطَعُ بالرّغْبةِ في النّكاحِ كإذا انقضت عِدَّتُك نَكَحْتُك والتعريضُ ما يحتَمِلُ ذلك وعدمَه كأنت جميلةٌ، مَنْ يَجِدُ مثلَك، إنّ اللّهَ سائِقٌ إليك خيرًا، لا تبقِ أيِّمًا، رُبَّ راغِبٍ فيك، وكذا إنّي

وَتَحْرُمُ خِطْبَةٌ على خِطْبَةِ مَنْ صُرِّحَ بإجابَتِه إلّا بإذْنِه، فإنْ لم يُجَبْ ولم يُرَدَّ، لم تَحْرُم في الأَظْهَرِ.

راغِبٌ فيك كما نَقَله الإسنَويُّ عن حاصِلِ كلامِ الأُمِّ واعتمده، وهو بالجِماع كعندي جِماعٌ مُرْضٍ وأنا قادِرٌ على جِماعِك مُحَرَّمٌ بخلافِ التعريضِ به في غيرِ نحوِ هذه الصّورةِ فإنّه مَكْروهٌ وعليه حَمَلوا نَقْلَ الروضةِ عنِ الأصحابِ كراهَتَه ونحوَ الكِتابةِ، وهي الدّلالةُ على الشيءِ بذِكْرِ لازِمِه قد تُفيدُ ما يُفيدُه الصّريحُ كأُريدُ أنْ أُنفِقَ عليه نفقةَ الزوجات وأتَلَذَّذُ بك فتَحْرُمُ وقد لا فيكونُ تعريضًا كذِكْرِ ذلك ما عدا وأتَلَذَّذُ بك وكونُ الكِنايةِ أبلَغُ من الصّريحِ باتِّفاقِ البُلَغاءِ وغيرِهم إنّما هو لِمَلْحَظٍ يُناسِبُ تَدْقيقَهم الذي لا يُراعيه الفقيه وإنّما يُراعي ما دَلَّ عليه التّخاطُبُ العُرْفيُّ ومن ثَمَّ افْتَرَقَ الصّريحُ هنا وثَمَّ.

(ويحرُمُ) على عالِمٍ بالخِطْبةِ وبالإجابةِ وبِصَراحَتِها وبِحرمةِ الخِطْبةِ على الخِطْبةِ (خِطْبةٌ على خِطْبةِ مَنْ) جازَتْ خِطْبَتَه، وإنْ كرِهَتْ و (قد صرّح) لفظًا (بإجابَته) ولو كافِرًا مُحْتَرَمًا لِلنّهْيِ الصّحيحِ عن ذلك والتقييدِ بالأخِ فيه للغالِبِ ولِما فيه من الإيذاءِ والقطيعةِ ويحصُلُ التّصْريحُ بالإجابةِ بأنْ يقولَ له المُجْبِرُ ومنه السّيِّدُ في أمَته غيرِ المُكاتَبةِ والسُّلْطانُ في مجنونةٍ بالِغةٍ لا أب لها ولا جَدَّ، أو هي والوليُّ ولو مُجْبَرةً في غيرِ الكُفْءِ، أو غيرِ المُجْبَرةِ وحدَها في الكُفْءِ، أو وليُّها وقد أذِنَتْ في إجابَته، أو في تزويجِها ولو من غيرِ مُعَيَّنٍ كزَوِّجْني مِمَّنْ شِئْت هذا ما اقتضاه كلامُهما، وهو مُتَّجِهٌ، وإنْ نازع فيه البُلْقينيُّ ومَنْ تَبِعَه بالنّصِّ على أنّه لا تَكْفي إجابَتُها وحدَها ولا إجابةُ الوليِّ وقد أذِنَتْ له في غيرِ مُعَيَّنٍ وكونُها لا تَستَقِلُّ بالنّكاحِ لا يمنعُ استقلالَها بجوابِ الخِطْبةِ لِما مَرَّ أنّه لا تَلازُمَ بينهما ومُكاتَبةٌ كِتابةً صحيحةً مع سيِّدِها وكذا مُبَعَّضةٌ لم تُجْبَرْ وإلا فهو ووَليُّها أجَبْتُك مثلاً وذلك؛ لأنّ القصْدَ إجابةٌ لا يتوَقَّفُ العقدُ بعدَها على أمرٍ مُتَقَدِّمٍ عليه وسُكوتُ البِكْرِ غيرِ المُجْبَرةِ مُلْحَقٌ بالصّريحِ وادِّعاءُ أنّه لا بُدَّ هنا من نُطْقِها؛ لأنّها لا تَستَحْيي منه غيرُ صحيحٍ حكمًا وتعليلاً كما هو واضِحٌ ورجح بعضُهم في رَضيتُك زوجًا أنّه تعريضٌ فقط وفيه نَظَرٌ بل الأوجَه أنّه صريحٌ كأجَبْتُك (إلا بإذْنِه) أي الخاطِبِ له من غيرِ خوفٍ ولا حياءٍ، أو إلا أنْ يَتْرُك، أو يُعْرِضَ عنه المُجيبُ، أو يُعْرِضَ هو كأنْ يَطولَ الزّمَنُ بعدَ إجابَته حتى تَشْهَدَ قرائِنُ أحوالِه بإعراضِه ومنه سفَرُه البعيدُ المُنْقَطِعُ لاستثناءِ الإذْنِ والتّركِ في الخبرِ وقيسَ بهما ما ذكرَ.

(فإنْ لم يُجِبْ ولم يُرِدْ) صريحًا بأنْ لم يذكرْ له واحدٌ منهما، أو ذكرَ له ما أشعَرَ بأحدِهما أو بكلٍّ منهما (لم يحرُم في الأظهرِ) المقطوعُ به في السُّكوت إذْ لم يَبْطُلْ بها شيءٌ مُقَرَّرٌ وكذا إنْ أُجيبَ تعريضًا مُطْلَقًا، أو تصريحًا ولم يعلم الثاني بالخِطْبةِ أو علم بها ولم يعلم بالإجابةِ، أو علم بها ولم يعلم كونَها بالصّريحِ، أو علم كونَها به ولم يعلم بالحرمةِ، أو علم بها لكن وقَعَ إعراضٌ من أحدِ الجانِبَين كما مَرَّ أو حَرُمت الخِطْبةُ، أو نَكَحَ مَنْ يحرُمُ جمعُ المخطوبةِ معها، أو طالَ الزّمَنُ بعدَ

وَمَن استُشيرَ في خاطِبٍ ذَكَرَ مَساوِئَه بصِدْقٍ.

الإجابةِ بحيثُ يُعَدُّ مُعْرِضًا كما مَرَّ أيضًا، أو كان الأوّلُ حربيًا أو مُرْتَدًّا لأصلِ الإباحةِ مع سُقوطِ حَقِّه بنحوِ إذْنِه، أو إعراضِه والمُرْتَدُّ لا يُنْكِحُ فلا يخطُبُ وطُروُّ رِدَّته قبلَ الوطءِ يَفْسَخُ العقدَ فالخِطْبةُ أولى ومَنْ خطبَ خمسًا مَعًا، أو مُرَتَّبًا لم تَجُزْ خِطْبةُ إحداهُنّ حتى يحصُلَ نحوُ إعراضٍ، أو يعقِدَ على أربَعٍ ويُسَنُّ خِطْبةُ أهلِ الفضْلِ من الرِّجالِ فمَنْ خُطِبَ وأجابَ والخاطِبةُ مُكمِّلةٌ للعددِ الشرعيِّ، أو لم يُرِدْ إلا واحدةً حَرُمَ على امرأةٍ ثانيةٍ خِطْبَتُه بالشُّروطِ السّابِقة فإنْ لم يَكْمُلِ العددُ ولا أرادَ الاقتصار على واحدةٍ فلا حرمةَ مُطْلَقًا لإمكانِ الجمعِ، (ومَنِ استُشيرَ في خاطِبٍ)، أو نحوِ عالِمٍ لِمَنْ يُريدُ الاجتماعَ به أو مُعامَلَتَه هل يصلحُ أو لا أو لم يُستَشر في ذلك كما يجبُ على مَنْ علم بالمَبيعِ عَيْبًا أنْ يُخْبِرَ به مَنْ يُريدُ شراءَه مُطْلَقًا خلافًا لِمَنْ وهَمَ فيه فقال لا يجبُ هنا إذا لم يستَشِرْ فارِقًا بأنّ الإعراضَ أشدُّ حرمةً من الأموالِ وذلك؛ لأنّ الضَّرَرَ هنا أشَدُّ؛ لأنّ فيه تَكشُّفُ بضْعٍ وهَتْكُ سوْأةٍ وذو المُروءةِ يسمَحُ في الأموالِ بما لا يسمَحُ به هنا (ذكرَ) وجوبًا في الأذكارِ والرِّياضِ وشرحِ مسلمٍ كفَتاوَى القفّالِ وابنِ الصّلاحِ وابنِ عبدِ السّلامِ (مَساويه) الشرعيّةَ وكذا العُرْفيّةَ فيما يظهرُ أخذًا من الخبرِ الآتي «وأمّا مُعاويةُ فصُعْلوكٌ لا مالَ له» أي عُيوبُه سُمّيَتْ بذلك؛ لأنّها تُسيءُ صاحِبَها أي ما ينزَجِرُ به منها إنْ لم ينزَجِرْ بنحوِ ما يصلحُ لَك كما قاله المُصَنِّفُ كالغزاليِّ.

ولا يُنافيه الحديثُ الآتي خلافًا للأذرعيِّ لاحتمالِ أنّه ﷺ علم من مُستَشيرَته أنّها، وإن اكتَفت بنحوِ لا يصلحُ لَك تَظُنُّ وصْفًا أقبحَ مِمّا هو فيه فبَيَّنَ دَفْعًا لهذا المحذورِ ولا يُقاسُ به ﷺ غيرُه في ذلك فيلزمُه الاقتصارُ على ذلك وإنْ توُهِّمَ نَقْصٌ أفْحَشُ؛ لأنّ لفظَه لا يتقَيَّدُ به فلا مُبالاةَ بإيهامِه (بصِدْقٍ) ليُحَذِّرَ بَذْلاً لِلنّصيحةِ الواجبةِ وصَحَّ «أنّه ﷺ استُشيرَ في مُعاويةَ وأبي جَهْمٍ فقال أمّا أبو جَهْمٍ فلا يَضَعُ عَصاه عن عاتِقِه كِنايةٌ عن كثرةِ الضَّرْبِ قيلَ أو السَّفَرِ وأمّا مُعاويةُ فصُعْلوكٌ لا مالَ له»[1] نعم، إنْ علم أنّ الذِّكْرَ لا يُفيدُ أمسَك كالمُضطَرِّ لا يُباحُ له إلا ما اضْطُرَّ إليه.

وقد يُؤْخَذُ منه أنّه يجبُ ذِكْرُ الأخفِّ فالأخفِّ من العُيوبِ وهذا أحدُ أنواعِ الغيبةِ الجائِزةِ، وهي ذِكْرُ الغيرِ بما فيه أو في نحوِ ولَدِه أو زوجَته، أو مالِه مِمّا يُكْرَه أي عُرْفًا، أو شرعًا لا بنحوِ صلاحٍ، وإنْ كرِهَه فيما يظهرُ ولو بإشارةٍ، أو إيماءٍ بل وبالقلْبِ بأنْ أصَرَّ فيه على استِحْضارِ ذلك ومن أنواعِها الجائِزةِ أيضًا التّظَلُّمُ لِذي قُدْرةٍ على إنْصافِه، أو الاستعانةِ به على تَغْييرِ مُنْكرٍ أو دَفْعِ معصيةٍ والاستِفْتاءُ بأنْ يذكرَ وحالَ خَصْمِه مع تعيينِه للمُفْتي، وإنْ أغنَى إجمالُه؛ لأنّه قد يكونُ في التعيينِ فائِدةٌ ومُجاهَرَتُه بفِسقٍ أو بدْعةٍ بأنْ لم يُبالِ بما يُقالُ فيه من جِهةِ ذلك لِخَلْعِه جِلْبابَ الحياءِ فلم يَبْقَ له حرمةٌ لكن لا يُذْكرُ بغيرِ مُتَجاهَرٍ به وينبغي أنْ تكون مُجاهَرَتُه بصَغيرةٍ كذلك فيذكرُها فقط وشهرتُه بوَصْفٍ يَكْرَهُه فيذكرُ لِلتعريفِ، وإنْ أمكنَ تعريفُه بغيرِه لا لِلتنقيصِ ويظهرُ في حالةِ الإطلاقِ أنّه لا

(١) [صحيح] أخرجه: مسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٨٠]، وغيره من حديث: فاطمة بنت قيس رضي الله عنها .

وَيُسْتَحَبُّ تَقْدِيمُ خُطْبَةٍ قبلَ الخِطْبةِ وقبلَ العقْدِ، ولو خَطَبَ الوليُّ فقال الزَّوْجُ: الحمدُ لِلَّه والصّلاةُ على رَسولِ اللَّه ﷺ قَبِلْتُ صَحَّ النِّكاحُ على الصَّحيحِ، بل يُسْتَحَبُّ ذلك. قُلْتُ: الصّحيحُ لا يُسْتَحَبُّ، واللَّه أعْلمُ، ....

حرمةَ ولو استُشيرَ في نفسِه وفيه مُساوٍ ففيه تَرَدُّدٌ والذي يَتَّجِه أنّه يلزمُه أنْ يقولَ لا أصلُحُ لَكُم فإنْ رَضوا به مع ذلك فواضِحٌ وإلا لَزِمَه التّركُ أو الإخبارُ بما فيه من كلِّ مذموم شرعًا أو عُرْفًا فيما يظهرُ نظيرَ ما مَرَّ وبَحْثُ الأذرَعيِّ تَحْريمَ ذِكْرِ ما فيه جَرْحٌ كزنًا بَعيدٌ، وإنْ أمكنَ توجيهُه بأنّ له مَندوحةً عنه بتركِ الخِطْبةِ وقولُ غيرِه لو علم رِضاهم بعَيْبه فلا فائِدةَ لِذِكْرِه يُرَدُّ بأنّ استشارَتَهم له في نفسِه تَدُلُّ على عدمِ رِضاهم فتعيَّنَ الإخبارُ، أو التّركُ كما تقرّر والنّصُّ على أنّها لو أذِنَتْ في العقدِ لم يَجُزْ ذِكْرُ المُساوي ينبغي أنْ يُحْمَلَ على ما إذا ظهر بقَرائِنِ الأحوالِ عدمُ رُجوعِها عنه، وإنْ ذُكِرَتْ فهو موافِقٌ لِما مَرَّ أنّ جوازَ ذِكْرِها مَشْروطٌ بالاحتياجِ إليه فتوجيهُه بأنّها مُقصِّرةٌ بالإذْنِ قبلَ الاستشارةِ إنّما يأتي على الوهْمِ السّابِقِ أنّه لا يجبُ ذِكْرُ المُساوي إلا بعدَ الاستشارةِ فعلى الصّوابِ أنّه يجبُ، وإنْ لم يُستَشر لا يصِحُّ هذا التوجيه سواءٌ أكانتْ غَبيّةً أم فطينةً خلافًا لِمَنْ أوهَمَ كلامُه فرقًا بينهما ومقتضى ما تقرّر أنّ فرضَهم التّرَدُّدَ السّابِقَ فيما لو استُشيرَ في نفسِه ليس لِلتَّقْييدِ فيلزمُه ذِكْرُ ما فيه بترتيبه السّابِقِ، وإنْ لم يُستَشر، وهو قياسُ مَنْ علم بمَبيعِه عَيْبًا يلزمُه ذِكْرُه مُطْلَقًا.

(ويُستَحَبُّ) للخاطِبِ، أو نائِبه إنْ جازَت الخِطْبةُ بالتّصْريحِ لا بالتعريضِ كما بحثه الجلالُ البُلْقينيُّ، وهو ظاهرٌ إذْ لو سُنّتْ فيما فيه تعريضٌ صار تصريحًا (تقديمُ خُطْبةٍ) بضَمِّ الخاءِ (قبلَ الخِطْبةِ) بكسرِها لِخبرِ «كلُّ أمرٍ ذي بالٍ»[1] السّابِقِ وفي رِوايةِ «كلُّ كلامٍ لا يُبْدَأُ فيه بحمدِ اللّه فهو أقطَعُ»[2] أي عن البركةِ فيَبْدَأُ بالحمدِ والثناءِ على اللّه تعالى ثمّ بالصّلاةِ والسّلامِ على رَسولِ اللّه ﷺ ثمّ يوصي بالتقوى ثمّ يقولُ جِئْتُكم، وإنْ كان وكيلًا قال جاءَكم موَكِّلي، أو جِئْتُكم عنه خاطِبًا كريمَتَكم أو فتاتَكم فيخطُبُ الوليُّ، أو نائِبُه كذلك ثمّ يقولُ لَست بمَرْغوبٍ عنك، أو نحوِه (ويُستَحَبُّ) خُطْبةٌ (أخرى) كما ذكرَ (قبلَ العقدِ) عندَ إرادةِ التّلَفُّظِ به سواءٌ الوليُّ، أو نائِبُه والزوجُ، أو نائِبُه وأجنَبيٌّ قال شارِحٌ، وهي آكدُ من الأولى (ولو خطبَ الوليُّ) كما ذكرَ ثمّ قال زَوَّجْتُك إلى آخِرِه (فقال الزوجُ الحمدُ لِلّه والصّلاةُ) والسّلامُ (على رَسولِ اللّه قبِلْتُ) إلى آخِرِه (صَحَّ النّكاحُ)، وإنْ تَخَلَّلَ ذلك (على الصّحيحِ)؛ لأنّه مُقَدِّمةُ القبولِ مع قِصَرِه فليس أجنَبيًّا عنه، وإنْ لم يَقُلْ بنَدْبه (بل) على الصِّحّةِ (يُستَحَبُّ ذلك) للخبرِ السّابِقِ (قُلت الصّحيحُ لا يُستَحَبُّ واللّه أعلمُ) بل يُستَحَبُّ تركُه خُروجًا من خلافِ مَنْ أبطَلَ به وكذا في الأذكارِ لَكِنّ الأصحّ في الروضةِ وأصلِها نَدْبُه بزيادةِ الوصيّةِ بالتقوى وأطالَ الأذرَعيُّ وغيرُه في تصويبه نَقْلًا ومعنًى واستبعد الأوّلَ بأنّ عدمَ النّدْبِ

---

(١) قد تقدم تخريجه.

(٢) قد تقدم تخريجه.

فإنْ طالَ الذِّكْرُ الفاصِلُ لم يَصِحَّ.

مع عدم البُطْلانِ خارجٌ عن كلامِهم وذكرَ الماوَرْديُّ «أنه ﷺ لَمّا زَوَّجَ فاطِمةَ عَليًّا رضي الله عنهما خطبا جميعًا» قال ابنُ الرِّفعةِ وحينئذٍ الحُجّةُ فيه لِلنّدْبِ ظاهرةٌ؛ لأنّها إنّما تكونُ من كلٍّ في مُقَدّمةِ كلامِه ا هـ والوارِدُ كما بَيَّنْته في كِتابي الصّواعِقِ المُحْرِقة أنّه زَوَّجَه بها في غَيْبَته، وأنّه لَمّا جاءَ أخبَرَه بأنّ اللّهَ تعالى أمَرَه بذلك فقال رَضيت فإنْ ورَدَ ما قاله الماوَرْديُّ فلَعَلَّه أعادَه لَمّا حَضَرَ تَطْييبًا لِخاطِرِه وإلا فمن خَصائِصِه ﷺ أنّه يُزَوِّجُ مَنْ شاءَ لِمَنْ شاءَ بلا إذْنٍ؛ لأنّه أولى بالمُؤْمِنين من أنْفُسِهم قال في الأذكارِ ويُسَنُّ كونُ التي أمامَ العقدِ أطوَلُ من خُطْبةِ الخِطْبةِ (فإنْ طالَ الذِّكْرُ الفاصِلُ) بينهما (لم يصِحَّ) النّكاحُ جَزْمًا لإشعارِه بالإعراضِ وكونُه مُقَدِّمةً للقَبولِ لا يستَدْعي اغتفارَ طولِه؛ لأنّ المُقَدِّمةَ التي قامَ الدّليلُ عليها ما ذكرَ فقط فلم يُغْتَفر طولُه وضَبَطَه القفّالُ بأنْ يكون زَمَنُه لو سكتا فيه لَخرج الجوابُ عن كونِه جوابًا ويُؤْخَذُ مِمّا مَرَّ في البيعِ أنّ الفصلَ بأجنَبيٍّ مِمَّنْ طلب جوابَه يَضُرُّ، وإنْ قصُرَ ومِمَّن انقَضى كلامُه لا يَضُرُّ إلا إنْ طالَ فقولُ بعضِهم لو قال زَوَّجْتُك فاستوصِ بها فقَبِلَ لم يصحَّ وهْمٌ وبالسُّكوت يَضُرُّ إنْ طالَ واشتراطُ وُقوعِ الجوابِ مِمَّنْ خوطِبَ دون نحوِ وكيلِه، وأنْ يسمعه مَنْ بقُربه، وأنْ لا يرجعَ المبتدئُ، وأنْ تبقَى أهليّتُه وأهليّةُ الآذِنةِ المشترَطِ إذْنُها إلى انقضاءِ العقدِ، وأنْ يقبَلَ على وفْقِ الإيجابِ لا بالنّسبةِ للمهرِ، وأنْ يَتمَّ المبتدئُ كلامَه حتى ذِكْرِ المهرِ وصِفاته وغيرِ ذلك مِمّا يتأتّى مَجيئُه هنا نعم، في اشتراطِ فراغِه من ذِكْرِ المهرِ وصِفاته وقفة وإنّما اشتُرِطَ هذا ثَمَّ بالنّسبةِ لِلثّمَنِ؛ لأنّ ذِكْرَه من المبتدئِ شرطٌ فهو من تمامِ الصّيغةِ المشترَطةِ فاشتُرِطَ الفراغُ منه ولا كذلك المهرُ فالقياسُ صحّةُ الشّقِّ الآخرِ بعدَ تمامِ الصّيغةِ المُصَحِّحةِ، وإنْ كان في أثناءِ ذِكْرِ المهرِ وصِفاته إلا أنْ يُجابَ بأنّه مع تكلُّمِ المبتدئِ لا يُسَمَّى جوابًا فيقعُ لَغْوًا وفيه ما فيه.

(تتمّةٌ) يُنْدَبُ التّزَوُّجُ في شَوّالٍ والدُّخولُ فيه للخبرِ الصّحيحِ فيهما عن عائِشةَ رضي الله عنها مع قولِها رَدًّا على مَنْ كرِهَ ذلك (تَزَوَّجَني ﷺ في شَوّالٍ ودخل بي فيه وأيُّ نِسائِه كان أحظَى عندَه مِنّي) وكونُ العقدِ في المسجِدِ للأمرِ به في خبرِ الطّبَرانيِّ ويومَ الجُمُعةِ وأوّلَ النّهارِ لِخبرِ «اللّهُمَّ بارِكْ لأُمّتي في بُكورِها»[1] حسَّنَه الترمذيُّ وبه يُرَدُّ ما اعْتيدَ من إيقاعِه عَقِبَ صلاةِ الجُمُعةِ نعم، إنْ قصَدَ بالتّأخيرِ إليه كثرةَ حُضورِ النّاسِ لا سيَّما العُلَماءُ والصّالِحون له في هذا الوقت دون غيرِه كان أولى وقولُ الوليِّ قُبَيْلَ العقدِ أُزَوِّجُك على ما أمَرَ اللّه تعالى به من إمساكٍ بمعروفٍ، أو تَسريحٍ بإحسانٍ والدُّعاءُ لِكلٍّ من الزوجَين عَقِبَه ببارَكَ اللّه لَكَ وبارَكَ عليك وجَمع بينكُما في خيرٍ لِصحّةِ الخبرِ به وظاهرُ كلامِ الأذكارِ أنّه يُسَنُّ أيضًا كيف وجَدْت أهلَك بارَكَ اللّه لَكَ لِما صَحَّ «أنّه ﷺ لَمّا دخل على زَيْنَبَ خرج

---

(١) [صحيح لغيره] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٢٦٠٦]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ١٢١٢]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ٢٢٣٦]، وغيرهم من حديث: صخر الغامدي رضي الله عنه.

قلتُ: حديث صحيح لغيره. ينظر: (صحيح الترغيب والترهيب) للألباني [رقم/ ١٦٩٣].

فَصْلٌ

إنّما يَصِحُّ النِّكاحُ بإيجابٍ، وهو زَوَّجْتُكَ أو أنْكَحْتُك، ....

فدخل على عائِشةَ فسَلَّمَ فقالتْ وعليك السّلامُ ورَحْمةُ اللّه كيف وجَدْت أهلَك بارَك اللّه لَك؟ فعلَ ذلك مع كلِّ نِسائِه وكلٌّ قالتْ ما قالتْ عائِشةُ».

وقد يُقالُ قولُهُنّ له كيف وجَدْت أهلَك؟ يُؤْخَذُ منه نَدْبُه مُطْلَقًا لِما فيه من نَوْعِ استهجانٍ مع الأجانِبِ لا سيَّما العامّةُ وقد يُجابُ بأنّ هذا الاستفْهامَ ليس على حَقيقَته بدليلِ أنّه ﷺ لم يُجِبْ عنه وإنّما هو لِلتَّقْريرِ أي وجَدْتها على ما تُحِبُّ ومع ذلك ينبغي أنْ لا يُنْدَبَ هذا إلا لِعارِفٍ بالسُّنّةِ لِما أشرت إليه، وهو بالرِّفاءِ بالمدِّ أي الالتئام والبنين مَكْروهٌ والأخذُ بناصيَتها أوّلَ لِقائِها ويقولُ بارَك اللّه لِكلٍّ مِنّا في صاحِبه ثمّ إذا أرادَ الجِماعَ تَغَطَّيا بثَوْبٍ وقَدَّما قُبيْله التَّنَظُّفَ والتَّطَيُّبَ والتقبيلَ ونحوَه مِمّا يُنَشِّطُ له للأمرِ به قال ابنُ عَبّاسٍ في ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨] إنّي لَأُحِبُّ أنْ أتزَيَّنَ لِزوجَتي كما أُحِبُّ أنْ تَتزَيَّنَ لي لهذه الآيةِ وقال كلٌّ منهما ولو مع اليأسِ من الولدِ كما اقتضاه إطلاقُهم بسمِ اللّه اللّهُمَّ جَنِّبنا الشيطانَ وجَنِّب الشيطانَ ما رَزَقْتنا ولْيتحَرَّ استحْضارَ ذلك بصِدْقٍ في قلْبه عندَ الإنزالِ فإنّ له أثَرًا بَيِّنًا في صلاحِ الولدِ وغيرِه ولا يُكْرَه للقِبْلةِ ولو بصَحْراءَ ويُكْرَه تَكلُّمُ أحدِهما أثناءَه لا شيءَ من كيْفيّاته حيثُ اجتَنَبَ الدُّبُرَ إلا ما يقضي طَبيبٌ عَدْلٌ بضَرَرِه ويحرُمُ ذِكْرُ تَفاصيلِه بل صَحَّ ما يقتضي أنّه كبيرةٌ ومَرَّ آنِفًا حكمُ تَخَيُّلِ غيرِ الموطوءةِ قيلَ يحسُنُ تركُه ليلةَ أوّلِ الشّهْرِ ووَسَطِه وآخِرِه لِما قيلَ إنّ الشيطانَ يحضُرُه فيهنّ ويُرَدُّ بأنّ ذلك لم يَثبُتْ فيه شيءٌ وبِفرضِه الذِّكْرُ الوارِدُ يمنعُه ويُنْدَبُ إذا تقَدَّمَ إنزالُه أنْ يُمْهِلَ لِتُنْزِلَ، وأنْ يتحَرَّى به وقتَ السَّحَرِ لِلاتِّباعِ وحِكْمَتُه انتفاءُ الشِّبَعِ والجوعِ المُفْرِطَين حينئذٍ إذ هو مع أحدِهما مُضِرٌّ غالِبًا كالإفراطِ فيه مع التّكلُّفِ وضَبَطَ بعضُ الأطِبّاءِ أنفعه بأنْ يَجِدَ داعيته من نفسِه لا بواسِطةٍ كتَفَكُّرٍ نعم، في الخبرِ الصّحيحِ أمَرَ مَنْ رَأى امرَأةً فأعْجَبَتْه به وعَلَّله بأنّ ما مع زوجَته كما مع المرْئيّةِ وفعلُه يومَ الجُمُعةِ قبلَ الذّهابِ إليها أو ليلَتَها، وأنْ لا يَتْرُكه عندَ قُدومِه من سفَرٍ والتّقَوّي له بأدْويةٍ مُباحةٍ مع رِعايةِ القوانينِ الطِّبّيّةِ بقَصْدٍ صالِحٍ كعِفةٍ أو نَسلٍ وسيلةً لِمحبوبٍ فلْيكن محبوبًا فيما يظهرُ وكثيرون يُخطِئون ذلك فيتوَلَّدُ منه أمورٌ ضارّةٌ جِدًّا فلْيحذَرْ ووَطْءُ الحامِلِ والمُرْضِعِ مَنْهيٌّ عنه فيُكْرَه إنْ خَشيَ منه ضَرَرَ الولدِ بل إنْ تَحَقَّقَه حَرُمَ ومَنْ أطلقَ عدمَ كراهَته مُرادُه ما إذا لم يخشَ منه ضَرَرًا.

فصل في أركانِ النّكاحِ وتَوابِعِها

وهي أربَعةٌ: زوجانِ ووَليٌّ وشاهِدانِ وصيغةٌ وقَدَّمَها لانتشارِ الخلافِ فيها المُستَدْعي لِطولِ الكلامِ عليها فقال:

(**إنّما يصحُّ النّكاحُ بإيجابٍ**) ولو من هازِلٍ وكذا القبولُ (**وهو أنْ يقولَ**) العاقِدُ (**زَوّجتُك، أو أنكحتُك**) مولّيَتي فُلانةَ مثلًا وحَرَّمَ بعضُهم بأنْ أُزَوِّجَك، أو أُنكِحَك كذلك إنْ خَلا عن نيّةِ الوعْدِ

وقَبولٌ: بأنْ يَقولَ الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُ أو نَكَحْتُ أو قَبِلْتُ نِكاحَها أو تَزْويجَها، ....

وظاهرُه الصِّحّةُ مع الإطلاقِ وفيه نَظَرٌ والذي يَتَّجِه أنْ يأتيَ هنا ما مَرَّ آخِرَ الضّمانِ في أُوَدِّي المالَ بل لو قيلَ إنّ اختصاصَ ما هنا بمَزيدِ احتياطٍ أوجَبَ أنْ لا يُغْتَفَرَ فيه موهِمُ الوعْدِ مُطْلَقًا لم يَبْعُدْ ثمّ رأيت البُلْقينيَّ أطلقَ عنهم عدمَ الصِّحّةِ فيهما ثمّ بحث الصِّحّةَ إذا انسَلَخَ عن معنى الوعْدِ بأنْ قال الآنَ، وهو صريحٌ فيما ذكرْته (وقَبولٌ) مُرْتَبِطٌ بالإيجابِ كما مَرَّ آنِفًا (بأنْ يقولَ الزوجُ) ومثلُه وكيلُه كما سنذكُرُه (تَزَوَّجْت) ها (أو أنكحت) ها فلا بُدَّ من دالٍّ عليها من نحوِ اسمٍ، أو ضَميرٍ، أو إشارةٍ (أو قبِلْت) أو رَضيت لا فعلْت واتِّحادُهما في البيعِ لا يُنافي هذا كما يظهرُ بالتّأمُّلِ (نِكاحَها) بمعنى إنْكاحِها ليُطابِقَ الإيجابَ ولاستحالةِ معنى النّكاحِ هنا إذْ هو المُركَّبُ من الإيجابِ والقبولِ كما مَرَّ ورَوَى الآجُرّيُّ أنّ الواقعَ من عَليٍّ في نِكاحِ فاطِمةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا رَضيت نِكاحَها (أو تزويجَها)، أو النّكاحَ، أو التزويجَ ولا نَظَرَ لإيهامِ نِكاحٍ سابِقٍ حتى يجبَ هذا، أو المذكورَ خلافًا لِمَنْ زعمَه؛ لأنّ القرينةَ القطعيّةَ بأنّ المُرادَ قبولُ ما أوجَبَ له تُغْني عن ذلك لا قبِلْت ولا قبِلْتها مُطْلَقًا ولا قبِلْته إلا في مسألةِ المُتَوَسِّطِ على ما في الروضةِ لكن رَدّوه ولا يُشْتَرَطُ فيها أيضًا تَخاطُبٌ فلو قال للوَليِّ زَوَّجْته ابنَتَك فقال زَوَّجْت على ما اقتضاه كلامُهما لكن جَزَمَ غيرُ واحدٍ بأنّه لا بُدَّ من زَوَّجْتُه، أو زَوَّجْتُها ثمّ قال لِلزوجِ قبِلْت نِكاحَها فقال قبِلْته على ما مَرَّ أو تزَوَّجْتها فقال تَزَوَّجْتها صَحَّ ولا يكفي هنا نعم، وأو في كلامِه لِلتَّخْييرِ مُطْلَقًا إذْ لا يُشْتَرَطُ تَوافُقُ اللّفْظَين قيلَ كان ينبغي تقديمُ قبِلْت؛ لأنه القبولُ الحقيقيُّ اهـ.

ويُرَدُّ بمَنْعِ ذلك بل الكلُّ قبولٌ حَقيقيٌّ شرعًا وبِفرضِ ذلك لا يُرَدُّ عليه؛ لأنّ غيرَ الأهَمِّ قد يُقَدَّمُ لِنُكْتةٍ كالرّدِّ على مَنْ تَشكّك، أو خالف فيه وقد قيلَ في صِحّةِ تَزَوَّجْت، أو نكحْت نَظَرٌ لِتَرَدُّدِه بين الإخبارِ والقبولِ وفي تعليقِ البغَويّ في قولِه تَزَوَّجْت قال أصحابُنا لا يصِحُّ؛ لأنّه إخبارٌ لا عقدٌ اهـ.

ويُرَدُّ النّظَرُ بأنّه مَبنيٌّ على الاكتفاءِ بمُجَرَّدِ تَزَوَّجْت من غيرِ نحوِ ضَميرٍ والأصحُّ خلافُه كما مَرَّ وحينئذٍ فما في التعليقِ صحيحٌ لكن لِخُلوِّه عن ذلك الموجِبِ لِتَمَحُّضِه للإخبارِ أو قُربه منه لا لِلتَّرَدُّدِ الذي ذكرَه؛ لأنّ هذا إنْشاءٌ شرعًا كبِعْتُ ولا يَضُرُّ من عامّيٍّ نحوَ فتْحِ تاءِ مُتَكلِّمٍ وإبدالِ الزّاي جيمًا وعكسُه والكافِ همزةً وفي فتاوَى بعضِ المُتَقدِّمين يصِحُّ أُنْكِحُك كما هو لُغةُ قَوْمٍ من اليَمَنِ والغزاليُّ لا يَضُرُّ زَوَّجْت لَك، أو إليك؛ لأنّ الخطأ في الصّيغةِ إذا لم يُخِلّ بالمعنى ينبغي أنْ يكون كالخطأ في الإعرابِ والتّذكيرِ والتّأنيثِ اهـ.

وهو صريحٌ فيما ذكرَ وغيرِه من اغتفارِ كلِّ ما لا يُخِلُّ بالمعنى ومن ثَمَّ قال أبو شُكَيْلٍ في نحوِ فتْحِ تاءِ المُتَكلِّمِ هذا لَحْنٌ لا يُخِلُّ بالمعنى فلا يخرُجُ به الصّريحُ عن موضوعِه وعن الشّرَفِ بنِ المُقْري أنّه أفتى في فتْحِ التّاءِ بأنّ عُرْفَ البلَدِ إذا فُهِمَ به المُرادُ صَحَّ حتى من العارِفِ اهـ وكأنّه إنّما قيّدَ بعُرْفِ البلَدِ ذلك لأجلِ ما بعدَ حتى إذْ من الواضِحِ أنّ العامّيَّ لا يُشْتَرَطُ فيه ذلك فإنْ قُلْت يُنافي ذلك عَدُّهم

ويَصِحُّ تَقَدُّمُ لَفْظِ الزَّوْجِ على الوليِّ، ولا يَصِحُّ إلّا بلَفْظِ التَّزْويجِ أو الإنْكاحِ.

كما مَرَّ أنْعمت بضَمِّ التّاءِ، أو كسرِها مُخِلًّا للمعنى وكان هذا هو الحامِلُ لِبعضِهم على قولِه لا يصحُّ العقدُ مع فتْحِ التّاءِ مُطْلَقًا ونَقَله غيرُه عن الإسنَويِّ في بعْتُك بفتحِ التّاءِ قُلْت يُفَرَّقُ بأنّ المدارَ في الصّيَغِ على المُتعارَفِ في مُحاوَرات النّاسِ ولا كذلك القُرآنُ فتأمّلْه والعجَبُ مِمَّن استَدَلَّ بقولِ الغزاليِّ لا يَضُرُّ الخطأ في التّذْكيرِ والتّأنيثِ أي كما صرحوا به في الطّلاقِ والقذفِ والعتقِ على أنّ فتْحَ التّاءِ يَضُرُّ وغَفَلَ عن أنّه إذا صَحَّ زَوَّجْتُك بكسرِ الكافِ خِطابًا لِلزوجِ صَحَّ بفتحِ التّاءِ بلا فارِقٍ وسيُعْلَمُ مِمّا يأتي صحّةُ النّكاحِ مع نفيِ الصّداقِ فيُشْتَرَطُ لِلُزومِه هنا ذِكْرُه في كلٍّ من شِقَّي العقدِ مع تَوافُقِهما فيه كتَزَوَّجْتُها به.

وإلا وجَبَ مهرُ المثلِ (ويصحُّ تقديمُ لفظِ الزوجِ)، أو وكيلِه سواءٌ قبِلَتْ وغيرُها كما قالاه خلافًا لِمَنْ فرَّقَ وزعم أنّ تَقَدُّمَ قبِلْت غيرُ مُنْتَظِمٍ لاستدعائِه مقبولاً مُتَقَدِّمًا ممنوعٌ إذْ يصحُّ أنْ يُقال قبِلْت ما سيَجِيءُ منك والتعبيرُ بالماضي عن المُستقبَلِ إشعارًا بالثِّقة بوُقوعِه حتى كأنّه واقعٌ شائعٌ لُغةً وعُرْفًا (على) لفظِ (الوليِّ أو وكيلِه) لِحُصولِ المقصودِ، (ولا يصحُّ) النّكاحُ (إلا بلفظِ التزويجِ أو الإنكاحِ) أي ما اشْتُقَّ منهما فليس هذا مُكرَّرًا مع ما مَرَّ لإيهامِه حَصْرَ الصِّحّةِ في تلك الصّيَغِ فيصحُّ نحوَ أنا مُزَوِّجُك إلى آخِرِه وقولُ البُلْقينيِّ هنا الآنَ يقتضي أنّه يُشْتَرَطُ هنا نظيرُ ما قدَّمَه في أُنْكِحُك والذي يظهرُ خلافُه لأنّ اسمَ الفاعِلِ حَقيقة في الحالِ فلا يوهِمُ الوعْدَ حتى يحتَرِزَ عنه بخلافِ المُضارِعِ فإنْ قُلْت الخلافُ في كلٍّ منهما مَشهورٌ وإنّما الذي تَفارَقا فيه التّرجيحُ عندَ جمعٍ فكان ينبغي تعيُّنُ الآنَ فيه مثلُه خُروجًا من ذلك الخلافِ الموجِبِ لاحتمالِه الوعْدَ أيضًا قُلْت كَفَى باختلافِ التّرجيحِ مُرَجِّحًا لا سيَّما والمُرَجِّحون أيضًا مِمَّنْ أحاطوا باللُّغةِ أكثرُ من غيرِهم وذلك لِخبرِ مسلم «**اتّقوا اللّهَ في النّساءِ فإنّكم أخذْتُموهُنّ بأمانةِ اللّه واستَحْلَلْتُم فُروجَهُنّ بكلِمةِ اللّه**»[1] وكلِمَتُه ما ورَدَ في كِتابه ولم يَرِدْ فيه غيرُهما والقياسُ مُمْتَنِعٌ؛ لأنّ في النّكاحِ ضَرْبًا من التّعبُّدِ فلم يصحَّ بنحوِ لفظِ إباحةٍ وهِبةٍ وتمليكٍ وجَعْلُه تعالى النّكاحَ بلفظِ الهبةِ من خَصائصِه ﷺ لِقولِه ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] صريحٌ واضِحٌ في ذلك وخبرُ البُخاريِّ «**ملَّكْتُكها بما معك من القُرآنِ**»[2] أمّا وهْمٌ من معمَرٍ كما قاله النّيْسابوريُّ؛ لأنّ رِوايةَ الجمهورِ زَوَّجْتُكها والجماعةُ أولى بالحِفْظِ من الواحِدِ، أو رِوايةٌ بالمعنى لِظَنِّ التّرادُفِ، أو جمع ﷺ بين اللّفْظَين إشارةً إلى قوّةِ حَقِّ الزوجِ وأنا كالمالِكِ وينعقِدُ نِكاحُ الأخرسِ بإشارَته التي لا يَختَصُّ بفَهْمِها الفطِنُ وكذا بكِتابَته بلا خلافٍ على ما في المجموعِ لَكِنّه مُعترِضٌ بأنّه يَرى أنّها في الطّلاقِ كِنايةٌ والعُقودُ أغلَظُ من الحُلولِ فكيف يصحُّ النّكاحُ بها فضْلًا عن كونِه بلا خلافٍ وقد يُجابُ بحملِ كلامِه على ما إذا لم تكن له إشارةٌ مُفْهِمةٌ وتعذَّرَ توكيلُه

---

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

(٢) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٢١٨٦]، وغيره من حديث: سهل بن سعد ﵁.

وَيَصِحُّ بالعجَميّةِ في الأصَحِّ، لا بكِنايةٍ قَطْعًا، ولو قال زَوَّجْتُكَ فقال قَبِلْتُ لم يَنْعَقِدْ على المذْهَبِ. ولو قال: زَوِّجْني فقال زَوَّجْتُكَ أو قال الوليُّ تَزَوَّجْها فقال تَزَوَّجْتُ صَحَّ. وَلا يَصِحُّ تَعْليقُه، ولو بُشِّرَ بوَلَدٍ فقال إنْ كان أُنْثَى فَقد زَوَّجْتُكَها، أو قال إنْ كانتْ بنْتي طَلُقَتْ واعْتَدَّتْ فَقد زَوَّجْتُكَها ....

لاضْطِرارِه حينئذٍ ويَلْحَقُ بكِتابَته في ذلك إشارَته التي يختَصُّ بفَهْمِها الفطِنُ (ويصحُّ بالعجميّةِ في الأصحِّ)، وإنْ أحسنَ العربيّةَ، وهي ما عداها اعتبارًا المعنى به إذْ لا يَتعلَّقُ به إعجازٌ ويُشْترَطُ أنْ يأتيَ بما يَعُدُّه أهلُ تلك اللُّغةِ صريحًا في لُغَتهم هذا إنْ فهِمَ كلٌّ كلامَ نفسِه والآخرُ ولو بأنْ أخبرَه ثِقة بالإيجابِ، أو القبولِ بعدَ تَقَدُّمِه من عارفٍ به ولو بإخبارِ الثِّقة له بمعناه قبلَ تكلُّمِه به فقَبِله، أو أجابَ فوْرًا على الأوجَه ويُشْترَطُ فهْمُ الشّاهِدَين أيضًا كما يأتي (لا بكِنايةٍ) في الصّيغةِ كأحلَلْتُك بنتي فلا يصحُّ النّكاحُ (قطعًا)، وإنْ قال نَوَيْت بها النّكاحَ وتَوَفَّرَت القرائِنُ على ذلك؛ لأنّه لا مَطْلَعَ لِلشُّهودِ المشترَطِ حُضورُهم لِكلِّ فردٍ فردٍ منه على النّيّةِ وبه فارَقَ البيعَ، وإنْ شَرَطَ فيه الإشهادَ على ما فيه وقولُه ذلك لا يُؤَثِّرُ؛ لأنّ الشّهادةَ على إقرارِه بالعقدِ لا على نفسِ العقدِ وفيه وجهٌ لَكِنّه لِشُذوذِه لم يُعَوَّلْ عليه ولو استخلَفَ قاضٍ فقيهًا في تزويجِ امرَأةٍ صَحَّ بما يصحُّ به توليةُ القضاءِ مِمّا سيأتي فيه اشتراطُ اللّفظِ الصّريحِ. وخرج بقولِنا في الصّيغةِ الكِنايةُ في المعقودِ عليه كما لو قال أبو بَناتٍ زَوَّجْتُك إحداهُنّ، أو بنتي أو فاطِمةَ ونَوَيا مُعَيَّنةً ولو غيرَ المُسَمّاةِ فإنّه يصحُّ ويُفَرَّقَ بأنّ الصّيغةَ هي المُحَلِّلةُ فاحتيطَ لها أكثرُ ولا يكفي زَوَّجت بنتي أحدَكُما مُطْلَقًا.

(ولو قال) الوليُّ (زَوَّجْتُك) إلى آخِره (فقال) الزوجُ (قبِلْت) مُطْلَقًا، أو قبِلْته ولو في مسألةِ المُتَوَسِّطِ على ما مَرَّ (لم ينعقِدْ) النّكاحُ (على المذهبِ) لانتفاءِ لفظِ النّكاحِ، أو التزويجِ كما مَرَّ (ولو قال) الزوجُ للوَليِّ (زَوِّجْني بنتَك فقال) الوليُّ (زَوَّجْتُك) بنتي (أو قال الوليُّ) لِلزوجِ (تزَوَّجْها) أي بنتي (فقال) الزوجُ (تزَوَّجْت) ها (صَحَّ) النّكاحُ فيهما بما ذكرَ لِلاستدعاءِ الجازِمِ الدّالِّ على الرِّضا وفي الصّحيحَين إنّ خاطِبَ الواهِبةَ قال لِلنّبيِّ ﷺ زَوِّجْنيها فقال: «زَوَّجْتُكها»[1] ولم يُنْقَلْ أنّه قال بعدَه تَزَوَّجْتها ولا غيرُه وخرج بزَوِّجْني تُزَوِّجُني، أو زَوَّجْتني أو زَوَّجْتها مِنّي وبِتَزَوَّجْها تَتَزَوَّجُها، أو تَزَوَّجْتها فلا يصحُّ لِعدمِ الجزمِ نعم، إنْ قبِلَ، أو أوجَبَ ثانيًا صَحَّ ولا يصحُّ أيضًا قُلْ تَزَوَّجْتها، أو زَوَّجْتها؛ لأنّه استدعاءٌ لِلَّفظِ دون التزويجِ ولا زَوَّجْت نفسي، أو ابني من بنتك؛ لأنّ الزوجَ غيرُ معقودٍ عليه وإنْ أُعْطيَ حكمَه في نحوِ أنا منك طالِقٌ مع النّيّةِ ولا زَوَّجْت بنتي فُلانًا ثُمّ كتَبَ، أو أرسلَ إليه فقَبِلَ وإنّما صَحَّ نظيرُه في البيعِ؛ لأنّه أوسَعُ (ولا يصحُّ تعليقُه) فيَفْسُدُ به كالبيعِ بل أولى لِمَزيدِ الاحتياطِ هنا (ولو بُشِّرَ بوَلَدٍ فقال) لِمَنْ عندَه (إنْ كانت أنثى فقد زَوَّجْتُكها) فقَبِلَ ثُمّ بانَ أنثى (أو قال) شَخْصٌ لِآخرَ (إنْ كانت بنتي طَلُقت واعتَدَّتْ فقد زَوَّجْتُكها) فقَبِلَ ثُمّ بانَ انقضاءُ عِدَّتها، وأنّها

---

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

فالمذهَبُ بُطْلانُهُ. وَلا تَوْقيتُهُ. وَلا نِكاحُ الشِّغارِ وهو زَوَّجْتُكَها على أَنْ تُزَوِّجَني ....

أذِنَتْ له أو كانت بكْرًا والعِدّةُ لاستدخالِ ماءٍ، أو وطْءٍ في دُبُرٍ، أو قال لِمَنْ تحتَه أربَعٌ إنْ كانت إحداهُنّ ماتتْ زَوَّجْتُك بنتي فقَبِلَ (فالمذهبُ بُطْلانُه) لِفَسادِ الصّيغةِ بالتعليقِ قيلَ وفارَقَ بيعُ مالِ مورِّثِه ظانًّا حياتَه فبانَ مَيِّتًا بجَزْمِ الصّيغةِ ثمّ انتهى ويُرَدُّ بصحّته ثَمَّ مع التعليقِ كأنْ كان ملكي وإنْ لم يَظُنّه ملكه فالوجه الفرقُ بمَزيدِ الاحتياطِ هنا كما مَرَّ آنِفًا ويُؤخَذُ منه أنّ زَوَّجْتُك أمةَ مورِّثي إنْ كان مَيِّتًا باطِلٌ، وإنْ بانَ مَيِّتًا وخرج بوَلَدٍ ما لو بُشِّرَ بأنثى فقال بعدَ تَيَقُّنِه أو ظَنِّه صِدْقَ المخبِرِ إنْ صَدَقَ المخبِرُ فقد زَوَّجْتُكها فإنّه يصحُّ؛ لأنّه غيرُ تعليقٍ بل تَحْقيقٌ إذْ أنّ حينئذٍ بمعنى إذْ ومثلُه ما لو أخبَرَ بموت زوجَته وتَيَقَّنَ، أو ظَنّ صِدْقَ المخبِرِ فقال إنْ صَدَقَ المخبِرُ فقد تَزَوَّجْت بنتَك وبحث البُلْقينيُّ أنّ مَحَلَّ امتناعِ التعليقِ إذا لم يكن مقتضى الإطلاقِ وإلا كأنْ غابَتْ وتُحُدِّثَ بموتها ولم يَثْبُتْ فقال زَوَّجْتُك بنتي إنْ كانت حَيّةً صَحَّ وفيه نَظَرٌ؛ لأنّ إنْ هنا ليستْ بمعنى إذْ كما هو ظاهرٌ والنّظَرُ لأصلِ بَقاءِ الحياةِ لا يَلْحقُه بتَيَقُّنِ الصِّدْقِ، أو ظَنِّه فيما مَرَّ وبحث غيرُه الصِّحّةَ في إنْ كانت فُلانةُ مولّيتي فقد زَوَّجْتُكها وفي زَوَّجْتُك إنْ شِئْت كالبيعِ إذْ لا تعليقَ في الحقيقة ا هـ.

ويَتعيَّنُ حملُ الأوّلِ على ما إذا علم، أو ظَنّ أنّها مولّيتُه والثاني علم ما إذا لم يُرِد التعليقَ ولا يُقاسُ بالبيع لِما تقرّر (ولا توقيتُه) بمُدّةٍ معلومةٍ أو مجهولةٍ فيَفْسُدُ لِصحّةِ النّهيِ عن نِكاحِ المُتْعةِ وجازَ أوّلاً رُخصةً للمُضْطَرِّ ثمّ حَرُمَ عامَ خيبَرَ ثمّ جازَ عامَ الفتحِ وقيلَ حَجّةَ الوداعِ ثمّ حَرُمَ أبدًا بالنّصِّ الصّريحِ الذي لو بَلَغَ ابنَ عَبّاسٍ لم يستَمِرَّ على حِلِّها مُخالِفًا كافة العُلَماءِ وحِكايةُ الرُّجوعِ عنه لم تَصحّ بل صَحَّ كما قاله بعضُهم عن جمعٍ من السّلَفِ أنّهم وافقوه في الحِلِّ لكن خالَفوه فقالوا لا يترَتَّبُ عليه أحكامُ النّكاحِ وبهذا نازع الزّركَشيُّ في حِكايةِ الإجماعِ فقال الخلافُ مُحقَّقٌ، وإن ادَّعى جمعٌ نفيَه وكذا لُحومُ الحُمُرِ الأهليّةِ حَرُمت مَرَّتَين وبحث البُلْقينيُّ صحّتَه إذا أُقِّتَ بمُدّةِ عُمُرِه، أو عُمُرِها؛ لأنّه تصريحٌ بمقتضى الواقعِ وقد يُنازَعُ فيه بأنّ الموتَ لا يرفَعُ آثارَ النّكاحِ كلِّها فالتعليقُ بالحياةِ المقتضي لِرَفْعِها كلِّها بالموت مُخالِفٌ لِمقتضاه حينئذٍ وبه يتأيّدُ إطلاقُهم ويُعْلَمُ الفرقُ بين هذا ووَهَبْتُك أو أعمَرْتُك مُدّةَ حياتك بأنّ المدارَ ثَمَّ على صحّةِ الحديثِ به فهو إلى التّعَبُّدِ أقرَبُ على أنّه يكفي طَلَبُ مَزيدِ الاحتياطِ هنا فارِقًا بينه وبين غيرِه قيلَ لا يلزمُ من نفيِ صحّتِهما نفيُ صحّةِ العقدِ ويُرَدُّ بلُزومِه على قواعِدِنا، وإنْ نُقِلَ عن زُفَرَ صحّتُه وإلغاءُ التوقيت.

(و) لا يصحُّ (نِكاحُ الشّغارِ) بمُعْجَمَتَين أولاهما مَكْسورةٌ لِلنّهْيِ عنه في خبرِ الصّحيحَين من شَغَرَ الكلْبُ رِجْله رَفعها ليَبولَ فكأنّ كلًّا منهما يقولُ لا ترفَعْ رِجْلَ بنتي حتى أرفع رِجْلَ بنتك، أو من شَغَرَ البلَدُ إذا خَلا لِخُلوِّه عن المهرِ أو عن بعضِ الشُّروطِ (وهو) شرعًا كما في آخِرِ الخبرِ المُحْتَمَلِ أنْ يكون من تفسيره ﷺ أو من تفسيرِ ابنِ عمرَ راويه، أو نافِعٍ راويه عنه.

وهو ما صرّح به البُخاريُّ وأبو داوُد فيُرْجَعُ إليه (زَوَّجْتُكها) أي بنتي (على أنْ تُزَوِّجَني)، أو تُزَوِّجَ

بِنْتَكَ وبُضْعُ كُلٍّ واحِدةٍ صَداقُ الأُخْرَى فَيَقْبَلُ، فإنْ لم يَجْعَلِ البُضْعَ صَداقًا فالأَصَحُّ الصِّحّةُ، ولو سَمَّيا مالاً مع جَعْلِ البُضْعِ صَداقًا بَطَلَ في الأَصَحِّ.

ابني مثلاً (بنتَك وبضعُ كلِّ واحدةٍ) منهما (صَداقُ الأخرى فيقبَلُ) ذلك بأنْ يقولَ تَزَوَّجْتها وزَوَّجْتُك مثلاً وعِلّةُ البُطْلانِ التّشريكُ في البُضعِ ؛ لأنّ كلًّا جعلَ بُضعَ مولّيته موردًا لِلنّكاحِ وصَداقًا للأخرى فأشبَهَ تزويجَها من رجلينِ واعتَرَضَه الرّافِعيُّ بما فيه نَظَرٌ وقيلَ غيرُ ذلك وضَعَّفَ الإمامُ المعانيَ كلَّها وعَوَّلَ على الخبرِ (فإنْ لم يَجعَلِ البُضعَ صَداقًا) بأنْ قال زَوَّجْتُك بنتي على أنْ تُزَوِّجَني بنتَك ولم يَزِدْ فقَبِلَ كما ذكرَ.

(فالأصحُ الصّحّةُ) لِلنّكاحَين بمهرِ المثلِ لِعدمِ التّشريكِ في البِضْعِ وما فيه من شرطِ عقدٍ في عقدٍ لا يُفْسِدُ النّكاحَ وقضيّةُ كلامِهم أنّ على أنْ تُزَوِّجَني بنتَك استيجابٌ قائمٌ مَقامَ زَوِّجْني وإلا لَوَجَبَ القبولُ بعدَ ولو جعلَ البُضْعَ صَداقًا لإحداهما بَطَلَ فيمَنْ جعلَ بُضْعَها صَداقًا فقط ففي زَوَّجْتُكها على أنْ تُزَوِّجَني بنتَك وبُضْعُ بنتِك صَداقُ بنتي يصحُّ الأوّلُ فقط وفي عكسِه يَبْطُلُ الأوّلُ فقط (ولو سمَّيا) أو أحدُهما (مالاً مع جَعْلِ البُضعِ صَداقًا) كأنْ قال وبُضعُ كلٍّ وألفٌ صَداقُ الأخرى (بَطَلَ في الأصحِّ) لِبَقاءِ معنى التّشريكِ وسيُعْلَمُ من كلامِه وغيرِه أنّه لا بُدَّ في الزوجِ من علمِه أي ظَنِّه حِلَّ المرأةِ له فلو جَهِلَ حِلَّها لم يصحَّ نِكاحُها احتياطًا لِعقدِ النّكاحِ فإنْ قُلْت يُشْكِلُ على هذا ما مَرَّ من صحّةِ نِكاحِ زوجةِ مفقودٍ بانَ مَيِّتًا وأمةِ مورِّثِه ظانًّا حياتَه فبانَ مَيِّتًا قُلْت لا إشكالَ ؛ لأنّ ما هنا من العلمِ بحِلِّها شرطٌ لِحِلِّ مُباشَرةِ العقدِ ونُفوذِه ظاهرًا أيضًا وما في تينِك المسألَتَين بالنّسبةِ لِتَبَيُّنِ نُفوذِه باطِنًا، وإنْ أَثِمَ بالعقدِ وحُكِمَ ببُطْلانِه ظاهرًا.

وأمّا الفرقُ بين الصِّحّةِ فيمَنْ زَوَّجَ أختَه، وهو يَشُكُّ أنّها بالِغةٌ، أو لا فبانَتْ بالِغةٌ، أو زَوَّجَ الخُنثَى أختَه فبانَ رجلاً والبُطْلانُ فيمَنْ زَوَّجَ مولّيته قبلَ علمِه بانقضاءِ عِدَّتها بأنّ الشّكَّ في ذَينك ونَظائِرِهما في وِلايةِ العاقِدِ وفي الأخيرةِ في حِلِّ المنكوحةِ، وهو لا بُدَّ من تَحقُّقِه ففيه نَظَرٌ ظاهرٌ ويُبْطِلُه ما تقرّر في زوجةِ المفقودِ فإنّ عدمَ العلمِ بموتِ زوجِها أولى من عدمِ العلمِ بانقضاءِ العِدّةِ ومع ذلك صرحوا بصحّةِ نِكاحِها إذا بانَ موتُه فكذا يصحُّ نِكاحُ الأخرى إذا بانَ انقضاءُ عِدَّتها وحينئذٍ فالوجه ما ذكرْته فتأمّلْه ثمّ رأيت الفارِقَ بما ذكرَ صرّح في موضِعٍ بما ذكرْته فقال قولُ الشيخينِ وغيرِهما العلمُ بوجودِ شُروطِ النّكاحِ حالَ عقدِه شرطٌ محمولٌ على أنّه شرطٌ لِجوازِ مُباشَرَته العقدَ لا لِصحّته حتى إذا كانت الشُّروطُ مُحقَّقة في نفسِ الأمرِ كان النّكاحُ صحيحًا، وإنْ كان المُباشِرُ مخطِئًا في مُباشَرَته ويأثَمُ إنْ أقدَمَ عالِمًا بامتناعِه وفي الوليِّ من فقْدِ نحوِ رِقٍّ وصِبًى وأُنوثةٍ، أو خُنوثةٍ وغيرِها مِمّا يأتي وفي الزوجةِ من الخُلوِّ عن نِكاحٍ وعِدّةٍ ومن جَهْلٍ مُطْلَقٍ على ما قاله المُتَوَلّي وأقَرَّه القموليُّ وغيرُه وعبارَتُه وطَريقُ العلمِ بالزوجةِ إمّا معرفة اسمِها ونَسَبِها أو مُعايَنَتها فزَوَّجْتُك هذه، وهي مُتَنَقِّبةٌ أو وراءَ سُتْرةٍ والزوجُ لا يعرِفُ وجهَها ولا اسمَها ونَسبها باطِلٌ لِتعذُّرِ تَحمُّلِ الشّهادةِ عليها اهـ قال

وَلا يَصِحُّ إلّا بحَضْرةِ شاهِدَيْنِ، وشَرْطُهما حُرّيّةٌ، وذُكورةٌ ....

الأذرَعيُّ وهذا منه تقييدٌ لِقولِ الأصحابِ أي وجَرى عليه الرّافِعيُّ وغيرُه لو أشارَ لِحاضِرةٍ وقال زَوَّجْتُك هذه صَحَّ قال الرّافِعيُّ وكذا التي في الدّارِ وليس فيها غيرُها والزّركشيُّ كلامُ الرّافِعيِّ في الشّهادات عن القفّالِ يوافِقُ ما قاله المُتَوَلّي قالا أعني الأذرَعيَّ والزّركشيَّ وكلامُ كثيرين قال الزّركشيُّ منهم الرّافِعيُّ يُشْعِرُ بفرضِ المسألةِ أي في كلامِ الأصحابِ فيما إذا كان الزوجُ مِمَّنْ يعلَمُ نَسبها أي، أو عَيْنَها فلم يُخالِفْ كلامَ الأصحابِ المُطْلِقين في زَوَّجْتُك هذه كلامُ المُتَوَلّي وتَرَدَّدَ الأذرَعيُّ في أنّ الشُّهودَ هل يُشْتَرَطُ معرِفَتُهم لها كالزوجِ والذي أفْهَمَه قولُ المُتَوَلّي لِتعذُّرِ تَحَمُّلِ الشّهادةِ عليها أنّهم مثلُه لكن رجح ابنُ العِمادِ أنّه لا يُشْتَرَطُ معرِفَتُهم لها؛ لأنّ الواجبَ حُضورُهم وضَبْطُ صيغةِ العقدِ لا غيرُ حتى لو دُعوا للأداءِ لم يشهَدوا إلا بصورةِ العقدِ التي سمِعوها كما قاله القاضي في فتاويه ويُفَرَّقُ بينهم وبينه بأنّ جَهْلَه المُطْلَقَ بها يُصَيِّرُ العقدَ لَغْوًا لا فائِدةَ فيه بوجهٍ بخلافِ جَهْلِهم لِبَقاءِ فائِدَته بمعرِفَته لها ولا نَظَرَ لِتعذُّرِ التّحَمُّلِ هنا كما لا نَظَرَ لِتعذُّرِ الأداءِ في نحوِ ابنَيْهما على أنّ لَك أنْ تَحْمِلَ كلامَ الأصحابِ فيه على إطلاقِه إذْ لا خَفاءَ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ آنِفًا أنّ المدارَ على ما في نفسِ الأمرِ أنّه لو علم في مجلِسِ العقدِ عَيْنَها أو اسمَها ونَسبها بانَتْ صِحّتُه وكذا بعدَ مجلِسِه كأنْ أمسَكها الزوجُ والشُّهودُ إلى الحاكِمِ وبانَ خُلوُّها من الموانِعِ وحينئذٍ فيَتعيَّنُ حملُ كلامِ المُتَوَلّي ومَنْ وافَقَه على أنّه فيمَنْ أيِسَ من العلمِ بها أبدًا وهذا أوجَه بل أصوَبُ مِمّا مَرَّ عن الأذرَعيِّ والزّركشيِّ فالحاصِلُ أنّه متى علم أنّها المُشارُ إليها عندَ العقدِ بانَتْ صِحّتُه وإلا فلا فتَفَطَّنْ لِذلك وأعرِضْ عَمّا سِواه قال الجُرْجانيُّ وفيما إذا كان الوليُّ غيرَ الأبِ والجدِّ يُشْتَرَطُ أي في الغائِبةِ رَفْعُ نَسَبِها حتى ينتَفيَ الاشتراكُ ويكفي ذِكْرُ الأبِ وحدَه إذا لم يكن في البلَدِ مُشارِكٌ له وفي الثلاثةِ من تعيينٍ إلا فيما مَرَّ في إحدَى بَناتي واختيارٍ إلا في المُجْبَرةِ وعدمُ إحرامٍ.

(ولا يصحُّ) النّكاحُ (إلا بحَضْرةِ شاهِدَين) قصْدًا أو اتِّفاقًا بأنْ يسمَعا الإيجابَ والقبولَ أي الواجبَ منهما المُتَوَقِّفَ عليه صِحّةُ العقدِ لا نحوَ ذِكْرِ المهرِ كما هو ظاهرٌ للخبرِ الصّحيحِ «**لا نِكاحَ إلا بوَليٍّ وشاهِدَيْ عَدْلٍ وما كان من نِكاحٍ على غيرِ ذلك فهو باطِلٌ**» الحديثَ والمعنى فيه الاحتياطُ للأبضاعِ وصيانةُ الأنكِحةِ عن الجُحودِ ويُسَنُّ إحضارُ جمعٍ من أهلِ الصّلاحِ (شرطُهما حُرّيّةٌ) كامِلةٌ فيهما (وذُكورةٌ) مُحَقَّقة وكونُهما إنسيَّين كما قاله ابنُ العِمادِ فلا ينعقِدُ بمَنْ فيه رِقٌّ ولا بجِنّيٍّ إلا إنْ عُلِمت عدالَتُه الظّاهرةُ كما هو ظاهرٌ نظيرَ ما مَرَّ من صِحّةِ نحوَ إمامَته وحُسبانِه من الأربَعين في الجُمُعةِ وغيرِ ذلك فإنْ قُلْت مَرَّ في نَقْضِ الوُضوءِ بلمسِه بناؤُه على صِحّةِ أنْكِحَتهم فهل هو هنا كذلك قُلْت الظّاهرُ لا ويُفَرَّقُ بأنّ المدارَ ثَمَّ على مَظِنّةِ الشّهوةِ، وهو لا يكونُ مَظِنّةً لها إلا إنْ حَلَّ نِكاحُه وهنا على حُضورِ مُتأهِّلٍ لِفَهْمِ الصّيغةِ، وإنْ لم يَثْبُت العقدُ به، وهو كذلك ولا بامرَأةٍ ولا بخُنثَى إلا إنْ بانَ ذكرًا كالوليِّ بخلافِ ما لو عَقَدَ على خُنثَى، أو له، وإنْ بانَ أنْ لا خَلَلَ والفرقُ أنّ الشّهادةَ والوِلايةَ

وعَدالةٌ وسَمعٌ وبَصَرٌ، وفي الأعْمَى وجْهٌ والأصَحُّ انْعِقادُه بابنَي الزّوْجَيْنِ وعَدوَّيْهما، ويَنْعَقِدُ بمَسْتوري العدالةِ على الصّحيحِ، ....

مقصودانِ لِغيرِهِما بخلافِ المعقودِ عليه فاحتيطَ له أكثرُ ومن ثَمَّ لو عَقَدَ على مَنْ شَكَّ في كونِها محرَمَه فبانَتْ غيرَ محرَمِه لم يصحَّ كما قالاه خلافًا لِلرّويانيِّ ومَرَّ آنِفًا ما في ذلك.

(وعدالةٌ) ومن لازِمِها الإسلامُ والتّكليفُ المذكورانِ بأصلِه ولا يُنافي هذا انعِقادُه بالمستورين؛ لأنّه بمنزلةِ الرُّخصةِ، أو ذِكرِ المُتَّفَقِ عليه ثمّ المختَلَفِ فيه (وسَمعٌ)؛ لأنّ المشهودَ عليه قولٌ فاشتُرِطَ سماعُه حَقيقة (وبَصَرٌ) لِما يأتي أنّ الأقوالَ لا تَثبُتُ إلا بالمُعايَنةِ والسّماعِ (وفي الأعمَى وجهٌ)؛ لأنّه أهلٌ لِلشّهادةِ في الجُمْلةِ والأصحُّ لا، وإنْ عَرَفَ الزوجَين ومثلُه مَنْ بظُلْمةٍ شَديدةٍ وفي الأصَمِّ أيضًا وجهٌ ونُطْقٌ ورُشْدٌ وعدمُ حِرْفة دَنيئةٍ تُخِلُّ بمُروءَته وعدمُ اختلالِ ضَبْطِه لِغَفْلةٍ، أو نِسيانٍ ومعرِفة لِسانِ المُتعاقِدَين وقيلَ يكفي ضَبْطُ اللّفظِ وعلى الأوّلِ فلا بُدَّ من فهْمِ الشّاهِدِ له حالةَ التّكلُّم فلا يكفي ترجَمَتُه له بعدُ ولو قبلَ الشّقِّ الآخرِ ويُفرَّقُ بينه وبين ما مَرَّ في وليٍّ أوجَبَ لِزوجٍ ما لا يعرِفُه فتُرْجِمَ له فقَبِلَه؛ لأنّ المشترَطَ ثَمَّ قبولُ لِما عَرَفَه، وهو حاصِلٌ بذلك وهنا معرِفة ما تَحَمَّله حالةَ التّحمُّلِ ولم يوجَدْ ذلك.

(والأصحُّ انعِقادُه) ظاهرًا وباطِنًا بمحرَمَين ولَكِنّ الأولى أنْ لا يُحْضِراه و (وبابنَي الزوجَين) أي ابنَيْ كلٍّ، أو ابنِ أحدِهما وابنِ الآخرِ (وعَدوَّيهما) كذلك والواوُ بمعنى أو وبِجَدَّيْهِما وبِجَدِّها وأبيه لا أبيها؛ لأنّه العاقِدُ أو موكِّلُه نعم، يُتَصَوَّرُ شَهادَتُه لاختلافِ دينٍ، أو رِقٍّ بها وذلك لانعِقادِ النّكاحِ بهما في الجُمْلةِ فإنْ قُلْت هذه هي عِلّةُ الضّعيفِ في الأعمَى فما الفرقُ قُلْت يُفَرَّقَ بأنّ شَهادةَ الابنِ، أو العدوِّ يُتَصَوَّرُ قبولُها في هذا النّكاحِ بعَينه في صورةِ دعوَى حِسبةٍ مثلًا كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي في الشّهادات ولا كذلك في الأعمَى وإمكانُ ضَبْطِه لهما إلى القاضي لا يُفيدُ لاحتمالِ أنّ المُخاطَبَ غيرُ مَنْ أمسَكه، وإنْ كان فمُ هذا في أُذُنِه وفَمُ الآخرِ في أُذُنِه الأخرى؛ لأنّ مَبنَى ما هنا على الاحتياطِ ما أمكنَ فيَتعذَّرُ إثباتُ هذا النّكاحِ بعَينه بشَهادَته فكانتْ كالعدمِ ولو كان لها إخوةٌ فزَوَّجَها أحدُهم والآخرانِ شاهِدانِ صَحَّ؛ لأنّ العاقِدَ ليس نائبَهما بخلافِ ما لو وُكِّلَ أبٌ، أو أخٌ تعيَّنَ للولايةِ وحَضَرَ مع آخرَ؛ لأنّه العاقِدُ حَقيقة إذِ الوكيلُ في النّكاحِ سفيرٌ محضٌ فكانا بمنزلةِ رجلٍ واحدٍ وفارَقَ صحّةَ شَهادةِ سيِّدٍ أذِنَ لِقِنِّه ووَليٍّ لِلسَّفيه في النّكاحِ بأنّ كلًّا منهما ليس بعاقِدٍ ولا نائبُه ولا العاقِدُ نائبُه؛ لأنّ إذْنَه في الحقيقة ليس إنابةً بل رَفْعُ حَجْرٍ عنه، (وينعقِدُ) ظاهرًا (بمستورَي العدالةِ) وهما مَنْ لم يُعْرَفْ لهما مُفَسِّقٌ كما نصَّ عليه واعتمده جمعٌ وأطالوا فيه، أو مَنْ عُرِفَ ظاهرُهما بالعدالةِ ولم يُزَكَّيا، وهو ما اختارَه المُصَنِّفُ وقال إنّه الحقُّ ومن ثَمَّ بَطَلَ السّتْرُ بتجريحِ عَدْلٍ ولم يَلْحَق الفاسِقُ الكِتابَ عندَ العقدِ بالمستورِ وتُسَنُّ استتابةُ المستورِ عندَ العقدِ (على الصّحيح) لِجَرَيانِه بين أوساطِ النّاسِ والعوامِّ فلو كلِّفوا بمعرِفة العدالةِ الباطِنةِ ليحضُرَ المُتَّصِفُ بها لَطالَ الأمرُ وشَقَّ ومن ثَمَّ صَحَّحَ المُصَنِّفُ في

لا مَستورِ الإسْلامِ والحُرِّيَّةِ، ولو بانَ فِسْقُ الشّاهِدِ عندَ العقْدِ فَباطِلٌ على المذْهَبِ، .....

نُكت التنبيه كابنِ الصّلاحِ أنّه لو كان العاقِدُ الحاكِمَ اعْتُبِرَت العدالةُ الباطِنةُ قطعًا لِسُهولةِ معرِفَتها عليه بمُراجَعةِ المُزَكّين وصَحَّحَ المُتَوَلّي وغيرُه أنّه لا فرقَ إذْ ما طَريقُه المُعامَلةُ يستَوي فيه الحاكِمُ وغيرُه ومن ثَمَّ لو رَأى مالاً بيَدِ مُتَصَرِّفٍ فيه بلا مُنازِعٍ جازَ له كغيرِه شراؤُه منه اعتمادًا على ظاهِرِ اليدِ، وإنْ سهُلَ عليه طَلَبُ الحُجّةِ وبَنَى السُّبْكيُّ الخلافَ على أنّ تَصَرُّفَ الحاكِمِ حكمٌ فيُشْتَرَطُ، أو لا فلا ثمّ اختارَ أنّه لا يَفعَلُ حتى يَثْبُتَ عندَه؛ لأنّ فعله ينبغي أنْ يُصانَ عن النَّقْصِ قيلَ فهو يوافِقُ المُصَنِّفَ وابنَ الصّلاحِ في الحكمِ ويُخالِفُهما في القطعِ اهـ.

والذي يَتَّجِه أخذًا من قولِهم لو طلب منه جَماعةٌ بأيديهم مالٌ لا مُنازِعَ لهم فيه قِسمَتَه بينهم لم يُجِبْهم إلا إنْ أثبَتوا عندَه أنّه ملكُهم لِئَلّا يحتَجّوا بعدُ بقِسمَته على أنّه ملكُهم أنّه لا يتولَّى العقدَ إلا بحَضْرةِ مَنْ ثَبَتَتْ عندَه عدالَتهما، وأنّ ذلك ليس شرطًا لِلصِّحّةِ بل لِجوازِ الإقدامِ فلو عَقَدَ بمستورَين فبانا عَدْلينِ صَحَّ أو عَقَدَ غيرُه بهما فبانا فاسِقَين لم يصحَّ كما يأتي؛ لأنّ العبرةَ في العُقودِ بما في نفسِ الأمرِ، وأنّ لِخلافِ المُتَوَلّي وجهًا؛ لأنّ الأصحَّ أنّ تَصَرُّفَ الحاكِمِ ليس حكمًا إلا في قضيّةٍ وقَعَتْ إليه لِيَطْلُبَ منه فصلَ الأمرِ فيها ومن ثَمَّ لو رُفِعَ إليه نِكاحٌ لم يحكُم بصحّته اتِّفاقًا إلا بعدَ ثُبوت عدالَتِهما عندَه ولو اختَصَمَ زوجانِ أقَرّا عندَه بنِكاحٍ بينهما بمستورَين في نحوِ نفقةٍ حكم بينهما ما لم يعلم فِسقَ الشّاهِدِ؛ لأنّ الحكمَ هنا. في تابع بخلافِه فيما قبله.

(تنبيهٌ) ظاهرُ كلامِ الحنّاطيِّ بل صريحُه أنّه لا يلزمُ الزوجَ البحثُ عن حالِ الوليِّ والشُّهودِ وأوجَبَه بعضُ المُتأخِّرين لامتناعِ الإقدامِ على العقدِ مع الشّكِّ في شرطِه ويُرَدُّ بأنّ ما عَلَّلَ به إنّما هو في الشّكِّ في الزوجَين فقط لِما مَرَّ أنّهما المقصودانِ بالذّات فاحتيطَ لهما أكثرُ بخلافِ غيرِهما فجازَ الإقدامُ على العقدِ حيثُ لم يَظُنّ وجودَ مُفْسِدٍ له في الوليِّ، أو الشّاهِدِ ثمّ إنْ بانَ مُفْسِدٌ بانَ فسادُ النّكاحِ وإلا فلا.

(لا) بشاهِدِ (مستورِ الإسلامِ والحُرّيّةِ) الواوُ بمعنى، أو بانَ لم يعرِفْ في أحدِهما باطِنًا، وإنْ كان بمَحَلٍّ كلُّ أهلِه مسلمون أو أحرارٌ لِسُهولةِ الوُقوفِ على الباطِنِ فيهما، وكذا البُلوغُ ونحوُه مِمّا مَرَّ نعم، إنْ بانَ مسلمًا، أو حُرًّا، أو بالِغًا مثلاً بانَ انعِقادُه كما لو بانَ الخُنثَى ذكرًا.

(تنبيهٌ) وقَعَ لِغيرِ واحدٍ تفسيرُ مستورِهِما بغيرِ ما ذكرْته فأورَدوا عليه ما اندَفع بما ذكرْته الأقربُ إلى ظاهرِ المتنِ فتأمّلْهُ.

(ولو بانَ فِسقُ) الوليِّ أو (الشّاهِدَين) العدْلينِ أو المستورَين، أو غيرُه من مَوانِعِ النّكاحِ كصِغَرٍ، أو جُنونٍ ادَّعاه وارِثُه، أو وارِثُهما وقد عَهِدَ، أو أثبَتَه (عندَ العقدِ فباطِلٌ على المذهبِ) كما لو بانا كافِرَين؛ لأنّ العبرةَ في العُقودِ بما في نفسِ الأمرِ وخرج بعندَ العقدِ تَبَيُّنُه قبله نعم، تَبَيُّنُه قبلَ مُضيِّ زَمَنِ الاستبراءِ كتَبَيُّنِه عندَه وتَبَيُّنُه حالاً لاحتمالِ حُدوثِه.

وإنّما يَبينُ ببيِّنةٍ أو اتِّفاقِ الزّوْجيْنِ، ....

(وإنّما يتبيّنُ) الفِسقُ أو غيرُه بعلمِ القاضي فيلزمُه التّفريقُ بينهما، وإنْ لم يترافعا إليه ما لم يحكُم حاكِمٌ يَراه بصحّته، أو (ببَيِّنةٍ) حِسبةً أو غيرَها.

(قولُ المُحشّي قولُه: وحَيْثُ ظَنّ وُجودَ شُروطِهِ) لَيْسَ في نُسَخِ الشّارِحِ التي بأيْدينا تَشهَدُ به مُفَسّرًا سَواءٌ أكانَ الشّاهِدُ مَستورًا أمْ عَدْلاً خِلافًا لِمَنْ فَصَلَ كَما يُعْلَمُ مِمّا يَأتي في القضاءِ وكَوْنُ السّتْرِ يَزولُ بإخْبارِ عَدْلٍ بالفِسْقِ ولَوْ غيرَ مُفَسّرٍ مَحلُّه فيما قَبْلَ العقْدِ بخِلافِه بَعْدَه لانْعِقادِه ظاهِرًا فلا بُدَّ مِنْ ثُبوتِ مُبْطِلِه (أو اتِّفاقِ الزوجَين) على فِسقِهِما عندَ العقدِ سواءٌ أعلما به عندَه أم بعدَه ما لم يُقِرّا قبلُ عندَ حاكِمٍ أنّه بعَدْلينِ ويحكُمُ بصحّته وإلا لم يَلْتَفِتْ لاتّفاقِهِما أي بالنّسبةِ لِحُقوقِ الزوجيّةِ لا لِتقريرِ النّكاحِ وبَحث في المطْلَبِ عدمَ قبولِ إقرارِ السّفيهةِ في إبطالِ ما ثَبَتَ لها من المالِ ومثلُها الأمةُ ثمّ بُطْلانُه باتّفاقِهِما إنّما هو فيما يَتعلّقُ بحَقِّهِما دون حَقِّ اللّه تعالى فلو طَلَّقَها ثلاثًا ثمّ تَوافَقا وأقاما، أو الزوجُ بَيِّنةً بفَسادِ النّكاحِ بذلك، أو بغيرِه لم يُلْتَفت لِذلك بالنّسبةِ لِسُقوطِ التحليلِ؛ لأنّه حَقُّ اللّه تعالى فلا يرتَفِعُ بذلك.

ولأنّ إقدامَه على العقدِ يقتضي اعترافَه باستجْماعِ مُعتَبَرِ أنّه نظيرُ ما مَرَّ في الضّمانِ والحوالةِ وقضيّتُه سماعُها مِمَّنْ زَوَّجَه وليُّه وليس مُرادًا فالمعتبَرُ هو التعليلُ الأوّلُ وبهما عُلِمَ ضَعْفُ إطلاقِ قولِ الزّبيليِّ تُسمَعُ بَيِّنَتُه إنْ بَيَّنَت السّبَبَ ولم يسبِقْ منه إقرارٌ بصحّته نعم، إنْ علما المُفسِدَ جازَ لهما العمَلُ بقضيّته باطِنًا لكن إذا علم بهما الحاكِمُ فرّقَ بينهما كنظيرِه الآتي قُبَيْلَ فصلِ تعليقِ الطّلاقِ بالأزمِنةِ وما نُقِلَ عن الكافي أنّا لا نَتعرّضُ لهما يُحْمَلُ على غيرِ الحاكِمِ على أنّه مُنازَعٌ في كونِه فيه وإنّما هو بَحثٌ للأذرعيِّ وبحث السُّبكيُّ قبولَ بَيِّنَته إذا لم يُرِدْ نِكاحًا بل التّخلُّصَ من المهرِ أي ولم يسبِقْ منه إقرارٌ بصحّته وبَيِّنَتُها إذا أرادَتْ بعدَ الوطءِ مهرَ المثلِ وكان أكثرَ من المُسمّى، وهو مُتَّجِهٌ حيثُ لم يسبِقْ منها إقرارٌ بصحّته وبهذا يُرَدُّ بَحْثُ الغزّيِّ إطلاقَ قبولِ بَيِّنَتها وعليه لو أُقيمت لِذلك وحُكِمَ بفَسادِه لم يرتَفع ما وجَبَ من التحليلِ لِما عُلِمَ من تبعيضِ الأحكامِ، وأنّ إقرارَهما وبَيِّنَتَهما إنّما يُعْتَدُّ بهما فيما يَتعلّقُ بحَقِّهِما لا غيرُ ومنه يُؤْخَذُ أنّه لو طَلَّقَها ثمّ أُقيمَت بَيِّنةٌ بفَسادِ النّكاحِ ثمّ أعادَها عادَتْ إليه بطَلْقَتَين فقط؛ لأنّ إسقاطَ الطّلْقة حَقٌّ لِلَّه فلا تُفيدُه البيِّنةُ أيضًا ويحتَمِلُ خلافُه وخرج بأقاما أو الزوجُ ما لو قامت حِسبةً ووُجِدَتْ شُروطُ قيامِها فتُسمَعُ كما نَقَله صاحِبُ الأنوارِ وغيرُه واعتمده وقولُ بعضِهم شرطُ سماعِها الضّرورةُ، وهي لا تُتَصَوَّرُ هنا ممنوعٌ قيلَ خرج بفَسادِ النّكاحِ ادِّعاءُ طلاقٍ بائنٍ قبلَ إيقاعِ الثلاثِ فتُسمَعُ به البيِّنةُ ولو من الزوجِ أخذًا من فتاوى البغَويّ والبُلْقينيِّ إذْ حاصِلُ ما في الأولى أنّه إذا اعترفَ ببائنٍ قبلَ أنْ تَقَعَ عليه الثلاثُ المُعلّقة على فعلِه لِكذا ثمّ فعله لم تُشهَدْ عليه بهنّ؛ لأنّه غيرُ مُتَّهَم في قولِه، أو بعدَه احتاجَ لِبَيِّنةٍ ولا يكفي تصديقُها وما في الثانيةِ أنّه لو طَلَّقَها ثلاثًا آخذْناه به ما لم يظْهرْ بطَريقٍ شرعيٍّ إنّ عِدَّتَها عن طلاقٍ رجعيٍّ انقضت قبلَ

ولا أَثَرَ لِقولِ الشَّاهِدَيْنِ كُنّا فاسِقَيْنِ، ولو اعْتَرَفَ به الزَّوْجُ وأَنْكَرَتْ فُرِّقَ بينهما، وعليه نِصْفُ المهْرِ إنْ لم يَدْخُلْ بها وإلّا فَكُلُّهُ.

إيقاعِهِنّ وحَلَفَ أنّه لم يُراجِعْها وبِما مَرَّ عن الأولى أنّه لا يُقْبَلُ تصديقُها له صرّح به القفّالُ انتهى وفيه نَظَرٌ أمّا أوّلاً فلأنّ قولَ البغويّ احتاجَ لِبَيِّنةٍ ليس فيه التّصريحُ بأنّه تُقْبَلُ إقامَتُها منه مع إرادَته تجديدَ النّكاحِ فلْيُحْمَلْ على أنّها لو أُقيمت حِسبةً قُبِلَتْ نظيرَ ما مَرَّ في مسألةِ الفِسقِ بجامِعِ أنّ في كلٍّ رَفْعَ التحليلِ الواجبِ لِحَقِّ اللّه تعالى فلا نَظَرَ إلى أنّ البيِّنةَ ترفَعُ النّكاحَ ثَمّ لا هنا؛ لأنّ هذا لا دَخْلَ له فيما هو السّبَبُ في عدمِ سماعِ بَيِّنةِ أحدِهِما من أنّه يترَتَّبُ عليه إسقاطُ حَقِّ اللّه تعالى وأمّا ثانيًا فقولُ البُلْقينيِّ ما لم يظهرْ بطَريقٍ شرعيٍّ يُحْمَلُ على نظيرِ ما مَرَّ أنّه تُقْبَلُ البيِّنةُ حِسبةً لا إنْ أقامَها أحدُهما وقَصْدُه تجديدُ النّكاحِ.

(ولا أثرَ لِقولِ الشّاهِدَين كُنّا) عندَ العقدِ (فاسِقَين) مثلاً؛ لأنّهما مُقِرّانِ على غيرِهِما نعم، له أثرٌ في حَقِّهِما فلو حَضَرا عقدَ أختِهِما مثلاً ثمّ ماتتْ ووَرِثاها سقَطَ المهرُ قبلَ الوطءِ وفَسَدَ المُسَمَّى بعدَه فيجبُ مهرُ المثلِ أي إنْ كان دونَ المُسَمَّى، أو مثله لا أكثرَ كما هو ظاهرٌ لِئَلّا يلزمَ أنّهما أوجَبا بإقرارِهِما حَقًّا لهما على غيرِهِما (فلو اعترفَ به الزوجُ، وأنكرتْ فرِّقَ بينهما) مُؤاخَذةً له بقولِه، وهي فُرْقة فسخٍ لا تُنْقِصُ عددًا وقيلَ تَبينُ بطَلْقة كما لو نَكَحَ أمةً ثمّ أقرَّ بأنّه كان قادِرًا على حُرّةٍ واستَشْكلَهما السُّبْكيُّ بأنّ كلًّا من الفسخِ والطّلاقِ يقتضي صحّةَ النّكاحِ، وهو يُنْكِرُها ثمّ أوّلَ الفسخَ بالحكم بالبُطْلانِ والطّلاقَ بأنّه في الظّاهرِ فقط، وهو حَسَنٌ لَكِنّ قياسَ الثاني يقتضي الاتّفاقَ في مسألةِ الأَمةِ على ما ذكرَه فيها والظّاهرُ خلافُه وكونُ القياسِ على شيءٍ يقتضي الاتّفاقَ عليه أغلَبيٌّ كما صرّح به الرّافِعيُّ (وعليه) أي الزوجِ المُقِرِّ بالفِسقِ (نصفُ المهرِ) المُسَمَّى (إنْ لم يدخلْ بها وإلا) بأنْ دخل بها (فكلُّه) عليه ولا يَرِثُها؛ لأنّ حكمَ اعترافِه مقصورٌ عليه ومن ثَمَّ ورِثَته لكن بعدَ حَلِفِها أنّه عَقَدَ بعَدْلَينِ وخرج باعترافِه اعترافُها بخَلَلِ وليٍّ، أو شاهِدٍ فلا يُفَرَّقُ به بينهما؛ لأنّ العِصْمةَ بيَدِه، وهي تُريدُ رَفْعَها والأصلُ بَقاؤُها ولكن لو مات لم تَرِثه وإنْ ماتتْ، أو طَلَّقَها قبلَ وطْءٍ فلا مهرَ أو بعدَه فلها أقلُّ الأمرَين من المُسَمَّى ومهرُ المثلِ ما لم تكن محجورًا عليها بسَفَهٍ فلا سُقوطَ لِفسادِ إقرارِها في المالِ كما مَرَّ.

وبحثَ الإسنَويُّ أنّ مَحَلَّ سُقوطِه قبلَ الوطءِ ما إذا لم تقبِضْه وإلا لم يستَرِدَّه أخذًا من قولِ الرّافِعيِّ لو قال طَلَّقْتُها بعدَ الوطءِ فليَ الرّجعةُ فقالتْ بل قبله صُدِّقت، وهو مُقِرٌّ لها بالمهرِ فإنْ كانت قبَضْته لم ترجِعْ به وإلا لم تُطالِبْه إلا بنصفِه والنّصفُ الذي تُنْكِرُه هناك بمَثابةِ الكلِّ هنا اهـ وفَرَّقَ غيرَه بأنّهما ثَمّ اتَّفَقا على وجودِ موجِبِ المهرِ، وهو العقدُ وإنّما اختلفا في المُقَرِّرِ، وهو الوطءُ، وهي هنا تَدَّعي نفيَ الموجِبِ فتمليكُها شيئًا منه تمليكٌ بغيرِ سبَبٍ تَدَّعيه فالوجه أنّه كمَنْ أقَرَّ لِشَخْصٍ بشيءٍ، وهو يُنْكِرُه ولو قالتْ وقَعَ العقدُ بغيرِ وليٍّ ولا شُهودٍ وقال بل بهما صُدِّقت بيَمينِها؛ لأنّ ذلك إنكارٌ

وَيُسْتَحَبُّ الإشْهادُ على رِضا المرْأةِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ رِضاها، ولا يُشْتَرَطُ.

لأصلِ العقدِ ونظيرُه ما مَرَّ في اختلافِ المُتَبايِعَين أنّ شرطَ تصديقِ مُدَّعي الصِّحّةِ أنْ يَتَّفِقا على وُقوعِ عقدٍ.

(ويُستَحَبُّ الإشهادُ على رِضا المرأةِ حيثُ يُعْتَبَرُ رِضاها) بالنّكاحِ بأنْ تكون غيرَ مُجْبَرةٍ احتياطًا لِيُؤْمَنَ إنْكارُها وبحث الأذرَعيُّ نَدْبَه على المُجْبَرةِ البالِغةِ لِئَلّا ترفعه لِمَنْ يَرى إذْنَها وتجحَدُه فيُبْطِلُه.

(ولا يُشتَرَطُ) ذلك لِصحّةِ النّكاحِ؛ لأنّ الإذْنَ ليس رُكْنًا للعقدِ بل شرطٌ فيه فلم يجب الإشهادُ عليه ورِضاها الكافي في العقدِ يحصُلُ بإذْنِها، أو ببَيِّنةٍ، أو بإخبارِ وليِّها مع تصديقِ الزوجِ، أو عكسِه نعم، أفتى البُلْقينيُّ كابنِ عبدِ السّلامِ بأنّه لو كان المُزَوِّجُ هو الحاكِمُ لم يُباشِرْه إلا إنْ ثَبَتَ إذْنُها عندَه وأفتى البغَويّ بأنّ الشرطَ أنْ يقعَ في قلْبه صِدْقُ المخبِرِ له بأنّها أذِنَتْ وكلامُ القفّالِ والقاضي يُؤَيِّدُه وعليه يُحْمَلُ ما في البحرِ عن الأصحابِ أنّه يَجوزُ اعتمادُ صَبيٍّ أرسَله الوليُّ لِغيرِه لِيُزَوِّجَ موَلّيته والذي يَتَّجِه أنّه يأتي هنا ما مَرَّ في عقدِه بمستورَين أنّ الخلافَ إنّما هو في جوازِ مُباشَرَته لا في الصِّحّةِ كما هو ظاهرٌ لِما مَرَّ أنّ مَدارَها على ما في نفسِ الأمرِ وأمّا قولُ البغَويّ لو زَوَّجَها وليُّها وكانتْ قد أذِنَتْ ولم يَبْلُغْه الإذْنُ لم يصحَّ.

وإنْ جَهِلَ اشتراطَ إذْنِها؛ لأنّه تَهَوُّرٌ محضٌ فهو لا يوافِقُ قولَهم العبرةُ في العُقودِ حتى النّكاحِ بما في نفسِ الأمرِ وتَهَوُّرُه إقدامٌ على عقدٍ فاسِدٍ في ظَنِّه، وهو صَغيرةٌ لا تَسلُبُ الوِلايةَ وأمّا ما وقَعَ في الجواهرِ أنّه لا يَجوزُ له أنْ يعتَمِدَ شَهادةَ عَدْلَينِ بالإذْنِ له قبلَ تَقَدُّمِ دعوَى الخاطِبِ الإذْنَ ومُطالَبَته للحاكِمِ بأنْ يُزَوِّجَه وإقامَته البيِّنةَ عليه لَكِنّ العمَلَ على خلافِه فمَرْدودٌ بأنّ الدعوى على حاضِرٍ في البلَدِ مع غَيْبَته عن المجلِسِ غيرُ مسموعةٍ وبأنّه لا حَقَّ للخاطِبِ في ذلك فكيف تُسمَعُ دعواه ا هـ.

والحاصِلُ أنّهم تَسامَحوا في سماعِه الشّهادةَ من غيرِ دعوَى لِعدم تَصَوُّرِها مع أنّها ليستْ لِطَلَبِ حكم بل لِحِلِّ المُباشَرةِ كما مَرَّ ولو أقَرَّتْ بالإذْنِ ثمّ ادَّعَتْ أنّها إنّما أذِنَتْ بشرطِ صِفة في الزوجِ ولم توجَدْ ونَفَى الزوجُ ذلك صُدِّقت بيَمينِها فيما يظهرُ للقاعِدةِ السّابِقة آخِرَ العاريّةِ أنّ مَنْ كان القولُ قوله في أصلِ الشيءِ كان القولُ قوله في صِفَته كالموَكِّلِ يَدَّعي تقييدَ إذْنِه بصِفة فيُنْكِرُ الوكيلُ وبحث بعضُهم تصديقَ الزوجِ.

لأنّه يَدَّعي الصِّحّةَ يَرُدُّه تصديقُهم للموَكِّلِ، وإن ادَّعَى الفسادَ لا يُقالُ صَدَّقوا مُدَّعِيَ صحّةِ البيعِ دون فسادِه مع أنّهما لو اختلفا في أصلِ البيعِ صُدِّقَ البائِعُ في نفيِ أصلِه؛ لأنّا نَقولُ ما نحن فيه أنْسَبُ بمسألةِ الوكيلِ من مسألةِ البيعِ بجامِعِ أنّ كلًّا فيها إذْنُ الغيرِ فتَقَيَّدَ بما يقولُه الآذِنُ وأمّا البيعُ فكلٌّ من العاقِدَين مُستَقِلٌّ بالعقدِ فرَجَحَ مُدَّعي الصِّحّةِ؛ لأنّ جانِبَه أقوى لِما مَرَّ فيه.

فَصْلٌ

لا تُزَوِّجُ امرأةٌ نفسَها بإذْنٍ، ولا غيرَها بوَكالةٍ ولا تَقْبلُ نِكاحًا لأحَدٍ، ....

فصل فيمَنْ يعقِدُ النّكاحَ وما يَتْبَعُه

(لا تُزَوِّجُ امرَأةٌ نفسَها) ولو (بإذْنٍ) من وليِّها (ولا غيرَها) ولو (بوكالةٍ) من الوليِّ بخلافِ إذْنِها لِقِنِّها أو محجورِها وذلك لآيةِ ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٢] إذْ لو جازَ لها تزويجُ نفسِها لم يكن للعَضْلِ تأثيرٌ وللخبرَين الصّحيحَين كما قاله الأئِمّةُ كأحمَدَ وغيرِه «لا نِكاحَ إلا بوَليٍّ»[(١)] الحديثَ السّابقَ «وأيُّما امرأةٍ أنْكحَتْ نفسَها بغيرِ إذنِ وليِّها فنِكاحُها باطِلٌ»[(٢)] وكرَّرَه ثلاثَ مَرّاتٍ وصَحَّ أيضًا «لا تُزَوِّجُ المرأةُ المرأةَ ولا المرأةُ نفسَها فإنَّ الزّانيةَ التي تُزَوِّجُ نفسَها»[(٣)] نعم، لو لم يكن لها وليٌّ قال بعضُهم أصلاً، وهو الظّاهرُ وقال بعضُهم يُمْكِنُ الرُّجوعُ إليه أي يسهُلُ عادةً كما هو ظاهرٌ جازَ لها أنْ تُفَوِّضَ مع خاطِبِها أمرَها إلى مجتهدٍ عَدْلٍ فيُزَوِّجَها ولو مع وجودِ الحاكِمِ المجتهدِ أو إلى عَدْلٍ غيرِ مجتهدٍ ولو مع وجودِ مجتهدٍ غيرِ قاضٍ فيُزَوِّجَها لا مع وجودِ حاكِمٍ ولو غيرِ أهلٍ كما حَرَّرْته في شرحِ الإرشادِ نعم، إنْ كان الحاكِمُ لا يُزَوِّجُ إلا بدَراهِمَ لها وقَعَ كما حَدَثَ الآنَ فيَتَّجِه أنّ لها أنْ تولِّيَ عَدْلاً مع وجودِه، وإنْ سلَّمْنا أنّه لا ينعزِلُ بذلك بأنْ علم موَلّيه ذلك منه حالَ التوليةِ وهل يتقَيَّدُ ذلك بكونِ المُفَوَّضِ إليه في مَحَلِّها كما يتقَيَّدُ القاضي بمَحَلِّ وِلايَته، أو يُفَرِّقَ بأنّ وِلايةَ القاضي مُقَيَّدةٌ بمَحَلٍّ فلم يُجاوِزْه بخلافِ وِلايةِ هذا فإنّ مَناطَها إذْنُها له بشرطِه فحيثُ وُجِدَ زوجُها.

وإنْ بَعُدَ مَحَلُّها كلٌّ مُحْتَمَلٌ والثاني أقربُ وخرج بتُزَوِّجُ ما لو وكّلَ امرأةً في توكيلِ مَنْ يُزَوِّجُ موَلّيته، أو وكَّلَ موَلّيته لِتوكِّلَ مَنْ يُزَوِّجُها ولم يَقُلْ لها عن نفسِك سواءٌ أقال عَنّي أم أطلَقَ فوَكَّلَتْ وعَقَدَ الوكيلُ فإنّه يصحُّ؛ لأنّها سفيرةٌ محضةٌ ولو بُلينا بإمامةِ امرَأةٍ نَفَذَ تزويجُها لِغيرِها وكذا لو زَوَّجَتْ كافِرةٌ كافِرةً بدارِ الحربِ فيُقِرُّ الزوجانِ عليه بعدَ إسلامِهما ويَجوزُ إذْنُها لِوَليِّها بلفظِ الوكالةِ كما يأتي (ولا تقبَلُ نِكاحًا لأحَدٍ) بوِلايةٍ ولا وِكالةٍ؛ لأنّ مَحاسِنَ الشّريعةِ تقتَضي فطْمَها عن ذلك

---

(١) [صحيح] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٢٠٨٥]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ١١٠١]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ١٨٨١]، وابن حبان في (صحيحه) [رقم/ ٤٠٧٧]، وغيرهم من حديث: أبي موسى ﵁.
قلتُ: حديث صحيح. وينظر: (صحيح الجامع) للألباني [رقم/ ١٨٣٦].

(٢) [صحيح] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٦/ ٦٦]، وأبو داود في (سننه) [رقم/ ٢٠٨٣]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ١١٠٢]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ١٨٧٩]، وغيرهم من حديث: عائشة ﵂.
قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (صحيح سنن أبي داود) للألباني [رقم/ ١٨٣٥].

(٣) [صحيح] أخرجه: ابن ماجه في (سننه) [رقم/ ١٨٨٢]، والدارقطني في (سننه) [٣/ ٢٢٧]، والبيهقي في (السنن الكبرى) [٧/ ١١٠]، وغيرهم من حديث: أبي هريرة ﵁.
قلتُ: حديث صحيح. وينظر: (إرواء الغليل) للألباني [رقم/ ١٨٤١].

والوطْءُ في نِكاحٍ بلا وليٍّ يوجِبُ مَهرَ المِثْلِ، لا الحدَّ، ....

بالكلّيّةِ لِما قُصِدَ منها من الحياءِ وعدمِ ذِكْرِه بالكلّيّةِ والخُنثَى مثلُها فيما ذكرَ ما لم تَتَّضِحْ ذُكورَتُه ولو بعدَ العقدِ كما مَرَّ.

(والوطءُ في نِكاحٍ) ولو في الدُّبُرِ (بلا وليٍّ) بأنْ زَوَّجَتْ نفسَها بحَضْرةِ شاهِدَين ولم يحكُمْ حاكِمٌ بِبُطْلانِه وإلا فهو زِنًا فيه الحدُّ لا المهرُ ولو مع الإعلانِ؛ لأنّ مالِكًا رَحِمَهُ اللَّهُ لا يقولُ بالاكتفاءِ به إلا مع الوليِّ (يوجِبُ) على الزوجِ الرّشيدِ دون السّفيه كما يأتي بتفصيلِه آخِرَ البابِ (مهرُ المثلِ) كما صرّح به الخبرُ السّابِقُ لا المُسَمَّى لِفَسادِ النّكاحِ ومن ثَمَّ لو حكم حاكِمٌ بصحّته وجَبَ ولا أرشَ للبَكارةِ؛ لأنّه مأذونٌ له في إتلافِها هنا كما في النّكاحِ الصّحيحِ بخلافِ البيعِ الفاسِدِ إذْ ليس مقصودُه الوطءَ ذكرَه في المجموعِ (لا الحدَّ)، وإن اعتقد التحريمَ لِشُبهةِ اختلافِ العُلَماءِ لكن يُعَزَّرُ مُعتَقِدُه، وإنْ حكم حاكِمٌ يَراه بصحّته على ما قاله ابنُ الصّلاحِ قال وقولُهم حكمُ الحاكِمِ يرفَعُ الخلافَ معناه أنّه يمنعُ النّقْضَ بشرطِه اصطِلاحًا لا غيرُ وإلا فلِشافِعيٍّ وقَفَ على نفسِه بيعُ الوَقفِ، وإنْ حكم به حَنَفيٌّ لكِنّه اعتَرَضَ بأنّه مَبنيٌّ على الضّعيفِ أنّ حكمَ الحاكِمِ إنّما ينفُذُ ظاهرًا مُطْلَقًا أمّا على الأصحِّ أنّه فيما باطِنُ الأمرِ فيه كظاهرِه ينفُذُ باطِنًا أيضًا فيُباحُ لِمُقَلِّدِه وغيرِه العمَلُ به كما يأتي مَبسوطًا في القضاءِ لا مُعتَقِدِ الإباحةِ، وإنْ حُدَّ بشُرْبِه النّبيذَ؛ لأنّ أدِلّتَه فيه واهيةٌ جِدًّا بخلافِه هنا ومن ثَمَّ لم يُنْقَضْ حكمُ مَنْ حكم بصحّته على المعتمدِ وكأنّ مَنْ قال هنا لا يَجوزُ تقليدُ أبي حَنيفة في هذا النّكاحِ جَرى على النّقْضِ إذْ ما يُنْقَضُ.

لا يَجوزُ التقليدُ فيه وبهذا يُقَيَّدُ قولُ السُّبكيّ يَجوزُ تقليدُ غيرِ الأئمّةِ الأربَعةِ في العمَلِ في حَقِّ نفسِه لا في الإفتاءِ والحكم إجماعًا كما قاله ابنُ الصّلاحِ ا هـ.

ولو طَلَّقَ أحدُهما هنا ثَلاثًا قبلَ حكم حاكِمٍ بالصِّحّةِ لم يقعْ ولم يحتج لِمُحَلِّلٍ وقولُ أبي إسحاقَ يحتاجُ الثاني إليه عَمَلًا باعتقادِه غَلَّطَه فيه الإصطَخْريُّ ويَتعيَّنُ حملُه بعدَ تَسليمِه على ما إذا رجع عن تقليدِ القائِلِ بالصِّحّةِ وصَحَّحْناه وإلا وقَعَ واحتاجَ لِمُحَلِّلٍ ويُؤَيِّدُ إطلاقَ الإصطَخْريِّ قولُ العِمْرانيِّ في تأليفِه في صحّةِ تزويجِ الوليِّ الفاسِقِ فإنْ تَزَوَّجَها من وليِّها الفاسِقِ ثمّ طَلَّقَها ثلاثًا فالأولى أنْ لا يتزَوَّجَها إلا بعدَ مُحَلِّلٍ فافْهَم تعبيرَه بالأولى صحّتُه بلا مُحَلِّلٍ وبَنَى بعضُهم هذا الخلافَ على أنّ العامّيَّ هل له مذهبٌ مُعَيَّنٌ كما هو الأصحُّ عندَ القفّالِ، أو لا مذهبَ له كما هو المنقولُ عن عامّةِ الأصحابِ ومالَ إليه المُصَنِّفُ قال فعلى الثاني مُطْلَقًا والأوّلُ إنْ قلَّدَ مَنْ يَرى الصِّحّةَ لو نَكحَ نِكاحًا مختَلَفًا فيه وطَلَّقَ ثلاثًا لم ينكِحْها بلا مُحَلِّلٍ، وإنْ حكم الشافعيُّ بإبطالِ نِكاحِه مُؤاخَذةً له بما التزَمَه ومعنى أنّه لا مذهبَ له أنّه لا يلزمُ القاضيَ وغيرَه الإنكارُ عليه في مختَلَفٍ فيه ولكِنّه إنْ رُفِعَ إليه ولم يحكُم حاكِمٌ بصحّته أبطَله خلافًا لابنِ عبدِ السّلامِ ا هـ مُلَخَّصًا.

وسيأتي أنّ الفاعِلَ متى اعتقد التحريمَ وجَبَ الإنكارُ عليه من القاضي وغيرِه، وإن اعتقد الحِلَّ

ويُقبلُ إقْرارُ الوليِّ بالنِّكاحِ إن استقَلَّ بالإنْشاءِ، وإلّا فلا، ويُقْبلُ إقْرارُ البالِغةِ العاقِلةِ بالنِّكاحِ على الجديدِ.

بتقليدٍ صحيحٍ لم يُنْكِرْ أحدٌ عليه إلا القاضي إنْ رُفِعَ له والذي يَتَّجِه أنّ معنى ذلك أنّ المُرادَ بلا مذهبٍ له أنّه لا يلزمُه التزامُ مذهبٍ مُعَيَّنٍ وبِله مذهبٌ أنّه يلزمُه ذلك وهذا هو الأصحُّ وقد اتَّفَقوا على أنّه لا يَجوزُ لِعامّيٍّ تعاطي فعلٍ إلا إنْ قلَّدَ القائِلَ بحِلِّه وحينئذٍ فمَنْ نكحَ مختلَفًا فيه فإنْ قلَّدَ القائِلَ بصحّته، أو حكم بها مَنْ يَراها ثمّ طَلَّقَ ثلاثًا تعيَّنَ التحليلُ وليس له تقليدُ مَنْ يَرى بُطْلانَه؛ لأنّه تَلْفيقٌ لِلتَّقْليدِ في مسألةٍ واحدةٍ، وهو مُمْتَنِعٌ قطعًا، وإن انتفَى التقليدُ والحكمُ لم يحتج لِمُحَلِّلٍ نعم، يَتعيَّنُ أنّه لو ادَّعَى بعدَ الثلاثِ عدمَ التقليدِ لم يُقبل منه آخِذًا مِمّا مَرَّ قُبَيْلَ الفصلِ؛ لأنّه يُريدُ بذلك رَفْعَ التحليلِ الذي لَزِمَه باعتبارِ ظاهرِ فعلِه وأيضًا ففعلُ المُكلَّفِ يُصانُ عن الإلغاءِ لا سيَّما إنْ وقَعَ منه ما يُصَرِّحُ بالاعتدادِ كالتَّطْليقِ ثلاثًا هنا وكحكم الحنَفيِّ بالصِّحّةِ مُباشَرتُه لِلتَّزْويجِ إنْ كان مذهبُه أنّ تَصرُّفَ الحاكِمِ حكمٌ بالصِّحّةِ ولِشافِعيِّ حَضَرَ هذا العقدَ الشّهادةُ بجَرَيانِه لا بالزوجيّةِ إلا إنْ قلَّدَ القائِلَ بصحّته تقليدًا صحيحًا وكذلك ليس له حُضورُه والتَّسَبُّبُ فيه إلا بعدَ ذلك التقليدِ قال الماوَرْديُّ وليس لِلزوجَين الاستبدادُ بعقدٍ مختَلَفٍ فيه إلا إنْ كانا من أهلِ الاجتهادِ وأدّاهما إلى ذلك وإلا فوجهانِ أحدُهما نعم، وثانيهما لا إلا بإفتاءِ مُفْتٍ، أو حكمِ حاكِمٍ اهـ والوجه كما عُلِمَ مِمّا قدَّمْته أنّه يكفي لِحِلِّ مُباشَرتِهما تقليدُ القائِلِ بذلك تقليدًا صحيحًا.

(ويُقبَلُ إقرارُ الوليِّ بالنّكاحِ) على مولّيته (إن استقَلَّ) حالةَ الإقرارِ (بالإنشاءِ)، وهو المُجْبِرُ من أبٍ، أو جَدٍّ، أو سيِّدٍ، أو قاضٍ في مجنونةٍ بشرطِها الآتي، وإنْ لم تُصدِّقْه البالِغةُ لِما مَرَّ أنّ مَنْ مَلَك الإنشاءَ مَلَك الإقرارَ به غالِبًا (وإلا) يستَقِلَّ به لانتفاءِ إجبارِه حالةَ الإقرارِ كأن ادَّعَى، وهي ثَيِّبٌ أنّه زَوَّجَها حين كانت بكْرًا، أو لانتفاءِ كفاءةِ الزوجِ (فلا) يُقْبَلُ لِعَجْزِه عن الإنشاءِ بدونِ إذْنِها، (ويُقبَلُ إقرارُ) الحُرّةِ (البالِغةِ العاقِلةِ) ولو سفيهةً فاسِقةً سكْرانةً (بالنّكاحِ) ولو لِغيرِ كُفْءٍ (على الجديدِ) إذا صَدَّقَها الزوجُ، وإنْ كذَّبَها الوليُّ وشُهودٌ عَيَّنَتْهم لاحتمالِ نِسيانِهم؛ ولأنّه حَقُّهما فلم يُؤثِّرْ إنْكارُ الغيرِ له نعم، الكفاءةُ فيها حَقٌّ للوَليِّ فكان القياسُ قبولَ طَلَبه لإثبات رِضاه بتركِها ويُجابُ بأنّه وقَعَ تابعًا لأصلِ النّكاحِ المقبولةِ فيه دونَه وظاهرُ المتنِ أنّه لا يُشْتَرَطُ هنا تفصيلُ الإقرارِ بذِكْرِ تزويجِ وليِّها وحُضورِ الشّاهِدَيْنِ العدْلينِ ورِضاها إن اشتُرِطَ والمعتمدُ اشتراطُه فيه وفي الدعوى والشّهادةِ به وقولُهما في الدّعاوَى لا يُشْتَرَطُ محمولٌ.

على ما إذا وقَعَ في جوابِ دعوَى أي؛ لأنّ تفصيلها يُغْني عن تفصيلِه ويأتي ما ذكرَ في إقرارِ الرّجُلِ المُبْتَدَأ والواقعُ في جوابِ الدعوى خلافًا لِمَنْ فرّقَ بين الرّجُلِ والمرأةِ وزعم أنّه إذا وُجِدَ الإقرارُ من الزوجَين يُشْتَرَطُ فيه تفصيلٌ مَبنيٌّ على الضّعيفِ، وإن انتصر له البُلْقينيُّ وغيرُه أنّه لا يُشْتَرَطُ التّفصيلُ مُطْلَقًا فيه ولا في الشّهادةِ به وفي الأنوار لا يُشْتَرَطُ التّفصيلُ في إقرارِها الضِّمْنيِّ

....

كقولِها طَلِّقْني وفيه هنا أيضًا اعتراضٌ على الرّافِعيِّ ومُتابَعيه ليس في مَحَلِّه كما يُعْرَفُ مِمّا قررْته فتأمّلْه ولو أقَرَّ المُجْبِرَ أحدٌ، وهي لِآخرَ قدَّمَ السّابِقَ فإنْ وقَعا مَعًا فلا نِكاحَ على ما رجحه البُلْقينيُّ في بعضِ كُتُبه وتَبِعَه غيرُه لِتعارُضِهما من غيرِ مُرَجِّحٍ ورجح في تَدْريبه تقديمَ إقرارِها لِتعلُّقِ ذلك ببَدَنِها وحَقِّها وصَوَّبَه الزّركشيُّ وفيما إذا احتَمَلَ الحالُ احتمالانِ في المطْلَبِ ويَتَّجِه أنّه كالمعيّةِ أخذًا مِمّا يأتي في نِكاحِ اثنين أنّه مثلُها وكذا لو علم السَّبْقَ دون عَينِ السّابِقِ وأحدِ الزوجَين القِنِّ لا بُدَّ مع تصديقِه من تصديقِ سيِّدِه وبحث شارحٌ أنّه لا بُدَّ مع تصديقِ الزوجِ السّفيه من تصديقِ وليِّه، وهو مُحْتَمِلٌ وإذا لم يُصَدِّقْها فمقتضى كلامِهم على ما ذكرَه الزّركشيُّ ومَنْ تَبِعَه أنّ لها أنْ تَتزَوَّجَ حالاً، وهو أحدُ وجهَينِ حَكاهما الإمامُ وقال القفّالُ لا ونَقَله عنه الرّافِعيُّ آخِرَ الطّلاقِ اعتبارًا بقولِها في حَقِّ نفسِها وطَريقُ حِلِّها أنْ يُطَلِّقَها ا هـ.

وهذا هو القياسُ فهو المعتمدُ ولا نُسَلِّمُ أنّ مقتضى كلامِهم ما مَرَّ بل مقتضاه ما قُلْناه كما يُصَرِّحُ به كلامُهم في اعترافِها بفِسقِ الشّاهِدِ مع تكْذيبه لها ولو قال رجلٌ هذه زوجَتي فسَكتَتْ، أو امرَأةٌ هذا زوجي فسَكتَ ومات المُقِرُّ ورِثَه السّاكِتُ لا عكسُه وفي الأولى لو أنكرتْ صُدِّقت بيَمينِها ومع ذلك يُقْبَلُ رُجوعُها ولو بعدَ موته كما يأتي آخِرَ الرّجعةِ؛ لأنّها مُقِرّةٌ بحَقٍّ عليها له وقد مات، وهو مُقيمٌ على المُطالَبةِ وفي التّتمّةِ لو أقَرّتْ بالنّكاحِ، وأنكر سقَطَ حكمُ الإقرارِ في حَقِّه حتى لو رجع بعدَ ذلك وادَّعَى نِكاحًا لم يُسمع إلا أنْ يَدَّعيَ نِكاحًا تَجدَّدَ وكأنّ ابنَ عُجَيْلٍ أخذَ من هذا قوله لو شَهِدَتْ عليه بَيِّنةٌ حِسبةً بالثلاثِ ثمّ تَقارَّ الزوجانِ بعدَ إمكانِ التحليلِ على النّكاحِ لم يُقِرّا حتى يَدَّعيَ ابتداءَ نِكاحٍ جَديدٍ كمَنْ أقَرَّ لِآخرَ بعَيْنٍ[1]، ثمّ ادَّعاها لا تُسمَعُ حتى يذكرَ انتقالاً إليه منه أي ولو بواسِطةٍ وبِما تقرّر يُعْلَمُ ما أفتى به بعضُهم فيمَنْ مات عن زوجةٍ في منزلِه فأُقيمت بَيِّنةٌ بأنّه كان أقَرَّ أنّه طَلَّقَها ثلاثًا قبلَ موته بسَبْعةِ أشهرٍ فأقامت بَيِّنةً بأنّه أقَرَّ قُبَيْلَ موته أنّها في عقدِ نِكاحِه من أنّه لا تُسمَعُ دعواها وبَيانُها إلا إن ادَّعَتْ نِكاحًا مُفَصَّلاً ومنه أنْ تَذْكُرَ أنّها تَحَلَّلَتْ تَحْليلاً بشُروطِه ثمّ تُقيمَ بَيِّنةً بذلك بخلافِ دعواها مُجَرَّدَ إقرارِه؛ لأنّ دعواه مُجَرَّدةٌ عن دعوَى نفسِ الحقِّ لا تُسمَعُ على الأصحّ وبِخلافِ دعواها النّكاحَ، وأنّه أقَرَّ أنّها في عِصْمةِ نِكاحِه ولم تفصِلْ بذِكْرِ مُضيِّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فيه العِدَّتانِ والتحليلُ وغيرُ ذلك؛ لأنّها لم تَدَّعِ إقرارَه بما نَسَخَ تَحْريمَ نِكاحِها عليه وإقرارُه بأنّها في عِصْمةِ نِكاحِه لا يقتضي إرْثَها منه لاحتمالِه أمرَين على السّواءِ النّكاحُ السّابِقُ ويلزمُ منه تَكْذيبُ البيِّنةِ بإقرارِه بالثلاثِ ونِكاحٌ آخرُ أحدَثاه بعدَ إمكانِ التحليلِ والإرثِ لا يَثبُتُ بالشّكِّ ا هـ.

وفي بعضِه نَظَرٌ يُعْلَمُ مِمّا مَرَّ أنّه حيثُ وقَعَ إقرارُها في جوابِ دعوَى لا يُشْترَطُ فيه تفصيلٌ وحينئذٍ فالذي يَتّجِه بأنّها حيثُ أجابَتْ بأنّه أقَرَّ بأنّها في نِكاحِه بعدَ مُضيِّ إمكانِ التحليلِ من طلاقِه الأوّلِ

---

(١) كذا بالأصل.

وللأبِ تَزْويجُ البِكْرِ صَغيرةً أو كَبيرةً بغيرِ إذْنِها، ويُسْتَحَبُّ استِئْذانُها، وليس له تَزْويجُ ثَيِّبٍ إلّا بإذْنِها، ....

وأقامت بَيِّنةً بذلك قُبِلَتْ ووَرِثَتْ وإلا فلا وعلى هذا يُحْمَلُ قولُ بعضِهم تُسمَعُ دعواها وبَيِّنَتُها وتَرِثُه ولا مُنافاةَ بين البيِّنَتَين لإمكانِ زَوالِ المانِعِ الذي أثبَتَتْه الأولى بالتحليلِ بشُروطِه ا هـ مُلَخَّصًا، (وللأبِ)، وإنْ لم يَلِ المالَ لِطُروِّ سفَهٍ بعدَ البُلوغِ على النّصِّ؛ لأنّ العارَ عليه خلافًا لِمَنْ وهَمَ فيه فزعم أنّ وِلايةَ تزويجِها حينئذٍ للقاضي كوِلايةِ مالِها (تزويجُ البِكْرِ) ويُرادِفُها العذْراءُ لُغةً وعُرْفًا وقد يُفَرِّقون بينهما فيُطْلِقون البِكْرَ على مَنْ إذْنُها السُّكوتُ، وإنْ زالَتْ بَكارَتُها ويَخُصّون العذْراءَ بالبِكْرِ حَقيقة والمُعْصِرُ تَطْلَقُ على مُقارِبةِ الحيضِ وعلى مَنْ حاضَتْ وعلى مَنْ ولَدَتْ أو حُبِسَتْ في البيت ساعةَ طَمثتْ، أو راهَقت العِشْرين (صَغيرةً وكبيرةً) غافِلةً ومجنونةً (بغيرِ إذْنِها) لِخبرِ الدّارَقُطْنيِّ «الثيِّبُ أحَقُّ بنفسِها من وليِّها والبِكْرُ يُزَوِّجُها أبوها» أجمَعوا عليه في الصّغيرةِ ويُشْتَرَطُ لِصحّةِ ذلك كفاءةُ الزوجِ ويَسارُه بمهرِ المثلِ على المعتمدِ كما بَيَّنْته في شرحِ الإرشادِ وعدمُ عداوةٍ بينها وبينه وعدمُ عداوةٍ ظاهرةٍ أي بحيثُ لا تخفَى على أهلِ مَحَلَّتِها بينها وبين الأبِ وزَعْمُ أنّ انتفاءَ هذه شرطٌ للجوازِ لا لِصحّةٍ غيرُ صحيحٍ فإنْ قُلْت يلزمُ من اشتراطِ عدالَتِه انتفاءُ عداوَته لِتَنافيهما قُلْت ممنوعٌ لِما ستعلَمُه في مَبْحَثِها أنّها قد لا تكونُ مُفَسِّقة وألحَقَ الخفّافُ بالمُجْبَرِ وكيله وعليه فالظّاهرُ أنّه لا يُشْتَرَطُ فيه ظُهورُها لِوُضوحِ الفرقِ بينهما لِجوازِ مُباشَرَته لِذلك لا لِصحّته كونُه بمهرِ المثلِ الحالِّ من نَقْدِ البلَدِ وسيأتي في مهرِ المثلِ ما يُعْلَمُ منه أنّ مَحَلَّ ذلك فيمَنْ لم يعتَدْنَ التّأجيلَ، أو غيرِ نَقْدِ البلَدِ وإلا جازَ بالمُؤَجَّلِ وبِغيرِ نَقْدِ البلَدِ على ما فيه مِمّا سأذكُره ثُمَّ فتَفَطَّنْ له واشتراطُ أنْ لا تَتَضرَّرَ به لِنحوِ هَرَمٍ، أو عَمًى وإلا فُسِخَ، وأنْ لا يلزمَها الحجُّ وإلا اشتُرِطَ إذْنُها لِئَلّا يمنعَها الزوجُ منه ضعيفانِ بل الثاني شاذٌّ لِوجودِ العِلّةِ مع إذْنِها (ويُستَحَبُّ استئذانُها) أي البالِغةِ العاقِلةِ ولو سكْرانةً تَطْييبًا لِخاطِرِها وعليه حَمَلوا خبرَ مسلم «والبِكْرُ يستأمِرُها أبوها»[1] جمعًا بينه وبين خبرِ الدّارَقُطْنيِّ السّابِقِ أي بناءً على ثُبوت قولِه فيه يُزَوِّجُها أبوها الصّريحُ في الإجبارِ وقد نازع فيه الشافعيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لَكِنّ المُحَرَّرَ في مَحَلِّه أنّ زيادةَ الثِّقة مقبولةٌ، وإن انفرَدَ بها فتعيَّنَ للجمعِ الحملُ المذكورُ أمّا الصّغيرةُ فلا إذْنَ لها وبحث نَدْبَه في المُمَيِّزةِ لإطلاقِ الخبرِ؛ ولأنّ بعضَ الأئِمّةِ أوجَبَه ويُسَنُّ أنْ لا يُزَوِّجَها حينئذٍ إلا لِحاجةٍ أو مَصْلَحةٍ، وأنْ يُرْسِلَ لِموَلّيَته ثِقة لا تحتَشِمُها والأمُّ أولى ليعلَمَ ما في نفسِها، (وليس له تزويجُ ثَيِّبٍ) عاقِلةٍ (إلا بإذْنِها) لِخبرِ مسلم «الثيِّبُ أحَقُّ بنفسِها من وليِّها»[2] وجهُه أنّها لَمّا مارَسَت الرِّجالَ زالَتْ غَباوَتُها وعَرَفت ما يَضُرُّها منهم وما ينفَعُها بخلافِ البِكْرِ.

(فرع): حاصِلُ كلامِ الشافعيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في مختَصَرِ البوَيْطيِّ وغيرِه أنّ الزوجَ لو قلَبَ اسمَه

---

(١) [صحيح] أخرجه: مسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٢١]، وغيره من حديث: ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا به نحوه.

(٢) [صحيح] وهو جزء من الحديث الذي قبله.

فإنْ كانتْ صَغيرةً لم تُزَوَّجْ حتّى تَبْلُغَ، والجدُّ كالأبِ عندَ عَدَمِه، وسَواءٌ زالَت البكارةُ بوَطْءِ حَلالٍ أو حَرامٍ، ولا أثَرَ لِزَوالِها بلا وطْءٍ كَسَقْطةٍ في الأصَحِّ، ومَنْ على حاشيةِ النّسَبِ كأخٍ وعَمٍّ لا يُزَوِّجُ صَغيرةً بحالٍ، وتُزَوَّجُ الثّيِّبُ البالِغةُ بصَريحِ الإذْنِ، ....

فاستُؤْذِنَت المرأةُ فيمَنِ اسمُه كذا وليس هو اسمُه صَحَّ نِكاحُه إنْ أشارَتْ إليه الآذِنةُ كزَوِّجْني بهذا فخاطَبَه الوليُّ بالنّكاحِ وإلا فلا وألحَقَ بإشارَتها إليه نيَّتَها التزويجَ مِمَّنْ خطبَها إذا كان تَقَدَّمَ له خِطْبَتُها.

(فإنْ كانت) الثيِّبُ (صَغيرةً) عاقِلةً حُرّةً (لم تُزَوَّجْ حتى تبلُغَ) لِوجوبِ إذْنِها، وهو مُتعذِّرٌ مع صِغَرِها أمّا المجنونةُ فتُزَوَّجُ كما يأتي وأمّا القِنّةُ فيُزَوِّجُها السّيِّدُ مُطْلَقًا (والجدُّ) أبو الأبِ، وإنْ عَلا (كالأبِ عندَ عدمِه)، أو عدمِ أهليَّتِه؛ لأنّ له وِلادةً وعُصوبةً كالأبِ بل أولى ومن ثَمَّ اختَصَّ بتَوَلّيه لِلطَّرَفَين ووَكيلُ كلٍّ مثلُه (وسَواءٌ) في وجودِ الثُّيوبةِ المقتضيةِ لاعتبارِ إذْنِها (زالَتْ بَكارَتُها بوَطْءِ حَلالٍ أو حرامٍ)، وإنْ عادَتْ وكان الوطءُ حالةَ النَّوْمِ، أو نحوَه، أو من نحوِ قِرْدٍ كما قاله الأذرَعيُّ؛ لأنّها في ذلكَ تُسَمَّى ثَيِّبًا فيشمَلُها الخبرُ وإيرادُ الشُّبْهةِ عليه لِقولِهم إنّ وطْأها لا يوصَفُ بحِلٍّ ولا حرمةٍ غيرُ صحيحٍ؛ لأنّ معناه أنّ الواطِئَ معها كالغافِلِ في عدمِ التّكْليفِ فلا يوصَفُ فعلُه بذلك من هذه الحيثيّةِ، وإنْ وُصِفَ بالحِلِّ في ذاته لِعدمِ الإثمِ فيه وقولُهم لا يخلو فعلٌ من الأحكامِ الخمسةِ أو السّتّةِ مَحَلُّه في فعلِ المُكلَّفِ. (ولا أثَرَ) لِخَلْقِها بلا بَكارةٍ و لا (لِزَوالِها بلا وطْءٍ كسَقْطةٍ) وحِدّةِ حيضٍ وأُصْبُعٍ (في الأصحِّ) خلافًا لِشرحِ مسلمٍ ولا لِوَطْئِها في الدُّبُرِ؛ لأنّها لم تُمارِس الرِّجالَ بالوطءِ في مَحَلِّ البكارةِ، وهي على غَباوَتها وحيائِها وقضيّتُه أنّ الغَوْراءَ إذا وُطِئَتْ في فرجِها ثَيِّبٌ، وإنْ بَقِيَتْ بَكارَتُها بل هي أولى من نحوِ النّائمةِ ويُفَرَّقُ بين هذا وما يأتي في التحليلِ بأنّ بَكارَتَها إنّما اشتُرِطَ زَوالُها ثَمَّ مُبالَغةً في التنفيرِ عَمّا شُرِعَ التحليلُ لأجلِه من الطّلاقِ الثلاثِ ولا كذلك هنا؛ لأنّ المدارَ على زَوالِ الحياءِ بالوطءِ، وهو هنا كذلك (ومَنْ على حاشيةِ النّسَبِ) أي طَرَفِه وفيه استعارةٌ بالكِنايةِ رَشَّحَ لها بذِكْرِ الحاشيةِ (كأخٍ وعَمٍّ لا يُزَوِّجُ صَغيرةً) ولو مجنونةً (بحالٍ) أمّا الثيِّبُ فواضِحٌ وأمّا البِكْرُ. فللخبرِ السّابِقِ وليسوا في معنى الأبِ لِوُفورِ شَفَقَتِه. (وتُزَوَّجُ الثيِّبُ) العاقِلةُ (البالِغةُ) الخرْساءُ بإشارَتها المُفْهِمةِ والنّاطِقة (بصريحِ الإذْنِ) ولو بلفظِ الوكالةِ للأبِ، أو غيرِه أو بقولِها أذِنْت له أنْ يعقِدَ لي، وإنْ لم تَذْكُرْ نِكاحًا كما بحث ويُؤَيِّدُه قولُهم يكفي قولُها رَضيت بمَنْ يرضاه أبي، أو أُمّي، أو بما يَفْعَلُه أبي وهَمَ في ذِكْرِ النّكاحِ لا إنْ رَضيَتْ أُمّي، أو بما تفعَلُه مُطْلَقًا ولا إنْ رَضيَ أبي إلا أنْ تُريدَ به مِمّا يَفْعَلُه فلا يكفي سُكوتُها لِخبرِ مسلمِ السّابِقِ وصَحَّ خبرُ «ليس للوَليِّ مع الثيِّبِ أمرٌ»(١).

---

(١) [صحيح] أخرجه: أحمد في (مسنده) [١/ ٣٣٤]، وأبو داود في (سننه) [رقم/ ٢١٠٠]، والنسائي في (سننه) [رقم/ ٣٢٦٣]، وغيرهم من حديث: ابن عباس رضي الله عنهما.

قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (صحيح سنن أبي داود) للألباني [رقم/ ١٨٤٨].

ويَكْفي في البِكْرِ سُكوتُها في الأَصَحِّ. والمُعْتِقُ. والسُّلْطانُ كالأَخِ.
وأحَقُّ الأولياءِ أبٌ ثم جَدٌّ ثم أبوه ثم أَخٌ لأَبَوَيْنِ أو لأَبٍ ثم ابنُه وإنْ سَفَلَ ثم عَمٌّ ثم سائِرُ العَصَبةِ كالإرْثِ، ويُقَدَّمُ أَخٌ لأَبَوَيْنِ على أخٍ لأَبٍ في الأَظْهَرِ، ....

(تنبيهٌ) يُعْلَمُ مِمّا يأتي أواخِرَ الفصلِ الآتي أنّ قولها رَضيت أنْ أُزَوَّجَ أو رَضيَتُ فُلانًا زوجًا مُتَضَمِّنٌ للإذْنِ للوَلِيِّ فله أنْ يُزَوِّجَها به بلا تجديدِ استئذانٍ ويُشْتَرَطُ عدمُ رُجوعِها عنه قبلَ كمالِ العقدِ لا يُقْبَلُ قولُها فيه إلا ببَيِّنةٍ قال الإسنَويُّ وغيرُه ولو أذِنَتْ له ثمّ عَزَلَ نفسَه لم ينعزلْ كما اقتضاه كلامُهم أي؛ لأنّ وِلايته بالنّصِّ فلم يُؤَثِّرْ فيها عَزْلُه لِنفسِه وقَيَّدَه بعضُهم بما إذا قبِلَ الإذْنَ وإلا كانْ رَدَّه، أو عَضَله إبطالاً له فلا يُزَوِّجُها إلا بإذْنٍ جَديدٍ قيلَ وفيه نَظَرٌ أي لِما ذكرْته.

(ويكفي في البِكْرِ) البالِغةِ العاقِلةِ إذا استُؤْذِنَتْ، وإنْ لم تعلم الزوجَ سواءٌ أعلمت أنّ سُكوتَها إذْنٌ أم لا كما في شرحِ مسلم عن مذهبِنا ومذهبِ الجمهورِ ويُفَرَّقَ بين هذا واشتراطِ العلم بكونِ السُّكوت نُكولاً بأنّ السُّكوتَ ثَمَّ مُسقِطٌ لِحَقِّه فاشترِطَ تقصيرُه به، وهو يستَدْعي العلمَ بذلك وهنا مُثبِتٌ لِحَقِّها فاكتَفَى به منها مُطْلَقًا (سُكوتُها) الذي لم يقترِنْ بنحوِ بُكاءٍ مع صياحٍ، أو ضَرْبِ خَدٍّ للمُجْبَرِ قطعًا ولِغيره بالنِّسبةِ لِلنّكاحِ ولو لِغيرِ كُفُؤٍ لا لِدونِ مهرِ المثلِ أو كونِه من غيرِ نَقْدِ البلَدِ (في الأصحِّ) لِخبرِ مسلم السّابِقِ ولِقوّةِ حيائِها وكسُكوتها قولُها لِمَ لا يَجوزُ أنْ آذَنَ جوابًا لِقولِه أنْ أُزَوِّجَك أو تأذنين أمّا إذا لم تُستأذَنْ وإنّما زَوَّجَ بحَضْرَتها فلا يكفي سُكوتُها وأفتى البغَويّ بأنّها لو أذِنَتْ مخبِرةً بِبُلوغِها فزوِّجَتْ ثمّ قالتْ لم أكُنْ بالِغةً حين أقرَرْت صُدِّقت بيَمينِها وفيه نَظَرٌ إذْ كيف يَبْطُلُ النّكاحُ بمُجَرَّدِ قولِها السّابِقِ منها نَقيضُه لا سيَّما مع عدمِ إبدائِها عُذْرًا في ذلك وتَرَدَّدَ شيخُنا في خَرْساءَ لا إشارةَ لها مُفْهِمةً ولا كِتابةَ ثمّ رجح أنّها كالمجنونةِ، (والمُعتقُ) وعصبتُه (والسُّلْطانُ كالأخِ) فيُزَوِّجون الثَّيِّبَ البالِغةَ بصريحِ الإذْنِ والبِكْرَ البالِغةَ بسُكوتها وكونُ السُّلْطانِ كالأخِ في هذا لا يُنافي في انفِرادِه عنه بمسائلَ يُزَوِّجُ فيها دون الأخِ كالمجنونةِ.

(وأحقُّ الأولياءِ) بالتزويجِ (أبٌ)؛ لأنّه أشفقُهم (ثمّ جَدٌّ) أبو الأبِ (ثمّ أبوه)، وإنْ عَلا لِتَمَيُّزِه بالوِلادةِ (ثمّ أخٌ لأبوَين، أو لأبٍ) أي ثمّ لأبٍ كما سنذكُرُه لإدْلائِه بالأبِ (ثمّ ابنه، وإنْ سفَلَ) كذلك (ثمّ عَمٌّ) لأبوَين ثمّ لأبٍ (ثمّ سائرُ العصبةِ كالإرثِ) خاصٌّ بسائرٍ وإلا استُثنيَ منه الجدُّ فإنّه يُشارِكُ الأخ ثَمَّ ويُقَدَّمُ عليه هنا (ويُقَدَّمُ) مُدْلٍ بأبوَين على مُدْلٍ بأبٍ لم يتميَّزْ بما هو أقوى من ذلك في سائِرِ المنازِلِ فحينئذٍ يُقَدَّمُ (أخٌ لأبوَين على أخٍ لأبٍ في الأظهرِ) كالإرثِ؛ ولأنّه أقرَبُ وأشفَقُ وقَرابةُ الأُمِّ مُرجحةٌ، وإنْ لم يكن لها دَخْلٌ هنا كما رَجَحَ بها العمُّ الشّقيقُ في الإرثِ، وإنْ لم يكن لها دَخْلٌ فيه إذِ العمُّ للأمِّ لا يَرِثُ وخرج بقولي لم يتمَيَّزْ إلى آخِره ابنا عَمٍّ أحدُهما لأبوَين والآخرُ لأبٍ لَكِنّه أخوها لأُمِّها فهو الوليُّ لإدْلائِه بالجدِّ والأُمِّ والأوّلُ إنّما يُدْلي بالجدِّ والجدّةِ بخلافِ ما لو كان الذي للأبِ مُعتقًا فإنّ الشّقيقَ يُقَدَّمُ عليه على الأوجه ويوَجَّه بأنّ المُتعارِضَ حينئذٍ الأقربيّةُ والولاءُ والأولى

ولا يُزَوِّجُ ابنٌ ببُنُوّةٍ، فإنْ كان ابنَ ابنِ عَمٍّ أو مُعْتِقًا أو قاضيًا زَوَّجَ به، فإنْ لم يوجَدْ نَسيبٌ زَوَّجَ المُعْتِقُ ثم عَصَبتُه، كالإرْثِ.
ويُزَوِّجُ عَتيقةَ المرْأةِ مَنْ يُزَوِّجُ المُعْتَقةَ ما دامَتْ حَيّةً، ولا يُعْتَبَرُ إذْنُ المُعْتِقةِ في الأصَحِّ، فإذا ماتَتْ زَوَّجَ مَنْ له الولاءُ، ....

مُقَدَّمةٌ ومن ثَمَّ لو كان أحدُ ابنَيْ عَمٍّ مُستوِيَين مُعتقًا فيُقَدَّمُ.

(ولا يُزَوِّجُ ابنٌ ببُنوّةٍ) خلافًا للمُزنيِّ كالأئمّةِ الثلاثةِ إذْ لا مُشارَكةَ بينهما في النَّسَبِ فلا يعتَني بدَفْعِ العارِ عنه ولهذا لا يُزَوِّجُ الأخُ للأُمِّ وأمّا قولُ أُمِّ سلَمةَ لابنِها عمرَ قُم فزَوِّجْ رَسولَ اللّه ﷺ فإنْ أُريدَ به ابنُها عمرُ المعروفُ لم يصحَّ؛ لأنّ سِنّه حينئذٍ كان نحوَ ثلاثِ سِنين فهو طِفْلٌ لا يُزَوِّجُ فالظّاهرُ أنّ الرّاويَ وهَمَ وإنّما المُرادُ به عمرُ بنُ الخطّابِ رضي الله عنه؛ لأنّه من عصبتها واسمُه موافِقٌ لابنِها فظَنّ الرّاويَ أنّه هو ورِوايةُ قُم فزَوِّجْ أُمَّك باطِلةٌ على أنّ نِكاحَه ﷺ لا يَفْتَقِرُ لِوَليٍّ فهو استطابةٌ له وبِتَسليم أنّه ابنُها، وأنّه بالِغٌ فهو ابنُ ابنِ عَمِّها ولم يكن لها وليٌّ أقرَبَ منه ونحن نَقولُ بولايَته كما قال (فإنْ كان) ابنُها (ابنَ ابنِ عَمٍّ) لها، أو نحوَ أخٍ بوَطْءِ شُبهةٍ، أو نِكاحِ مَجوسٍ (أو مُعتقًا لها، أو عصبةً لِمُعتقِها، (أو قاضيًا زَوَّجَ به) أي بذلك السَّبَبِ لا بالبُنوّةِ فهي غيرُ مقتضيةٍ لا مانِعةٌ (فإنْ لم يوجَدْ نَسَبٌ زَوَّجَ المُعتقُ) الرّجُلُ ولو إمامًا أعتَقَ من بيت المالِ كذا أطلقَه شارحٌ ومُرادُه إنْ قُلْنا بصحّةِ إعتاقِه؛ لأنّ الولاءَ حينئذٍ للمسلمين فيُزَوِّجُ نائبُهم، وهو الإمامُ المُعتقُ، أو غيرُه لا عصبتُه خلافًا لِما يوهِمُه كلامُه أنّ تزويجَه ليس لِكونِ الولاءِ له لاستحالَته لِغيرِ مالِكٍ بل لِنيابَته عن مُستَحَقّيه كما تقرّر (ثمّ عصبتُه) ولو أنثى لِخبرِ «الولاءِ لُحمةٌ كلُحمةِ النّسَبِ» وسيأتي حكمُ عَتيقة الخُنثَى (كالإرثِ) بالولاءِ في ترتيبهم فيُقَدَّمُ بعدَ عصبةِ المُعتقِ مُعتقُ المُعتقِ ثمّ عصبتُه وهَكذا ويُقَدَّمُ أخو المُعتقِ وابنُ أخيه على جَدِّه وكذا العمُّ على أبي الجدِّ ويُقَدَّمُ ابنُ المُعتقِ في أُمِّه على أبي المُعتقِ؛ لأنّ التعصيبَ له ولو تزَوَّجَ عَتيقٌ بحُرّةِ الأصلِ فاتَتْ ببنت. زوجها مَوالي أبيها كما قاله الأستاذُ أبو طاهرٍ وقضيّةُ كلامِ الكِفايةِ أنّه لا يُزَوِّجُها إلا الحاكِمُ والأوّلُ هو المنقولُ لِتصريحِهم كما يأتي بأنّ الولاءَ لِمَوالي الأبِ.

(ويُزَوِّجُ عَتيقةَ المرأةِ) بعدَ فقْدِ عصبةِ العتيقة من النّسَبِ (مَن يُزَوِّجُ المعتقة ما دامت حَيّةً) تَبَعًا للوِلايةِ عليها كأبي المعتقة فجَدِّها بترتيبِ الأولياءِ لا ابنِها ويكفي سُكوتُها إنْ كانت بكْرًا كما شَمَله كلامُهم خلافًا لِما وقَعَ في ديباجِ الزّركشيِّ قيلَ يوهِمُ كلامُه أنّها لو كانت مسلمةً والمُعتقة ووَليُّها كافِرَين زَوَّجها أو كافِرةً والمُعتقة مسلمةً. ووَليُّها كافِرٌ لا يُزَوِّجُها وليس كذلك ا هـ.

ورُدَّ بأنّ هذا معلومٌ من كلامِه الآتي في اختلافِ الدّينِ (ولا يُعتَبَرُ إذْنُ المعتقة في الأصحِّ) إذْ لا وِلايةَ لها ولا إجبارَ وأمةُ المرأةِ كعَتيقَتها لكن يُشتَرَطُ إذْنُ السَّيِّدةِ الكامِلةِ نُطقًا ولو بكْرًا إذْ لا تَستَحْيي فإنْ كانت عاقِلةً صَغيرةً ثَيِّبًا امتنع على أبيها تزويجُ أَمَتها (فإذا ماتت) المُعتقة (زَوَّجَ مَنْ له الولاءُ) من عَصَباتها فيُقَدَّمُ ابنُها، وإنْ سفلَ على أبيها، وإنْ عَلا وعَتيقة الخُنثَى المُشكِلِ يُزَوِّجُها بإذْنِه وجوبًا

فإنْ فُقِدَ المُعْتِقُ وعَصَبتُه زَوَّجَ السُّلْطانُ، وكذا يُزَوِّجُ إذا عَضَلَ القريبُ والمُعْتِقُ، ....

على الأوجَه خلافًا للبَغَويِّ مَنْ يُزَوِّجُه بفرضِ أُنوثَته ليكون وكيلًا، أو وليًّا والمُبَعَّضةُ يُزَوِّجُها مالِكُ بعضِها مع قريبِها وإلا فمع مُعتقِ بعضِها وإلا فمع السُّلْطانِ والمُكاتَبةُ يُزَوِّجُها سيِّدُها بإذْنِها فإنْ كانت بِكْرًا مُبَعَّضةً احتيجَ لإذْنِها في سيِّدِها لا في أبيها والقياسُ في أمةِ المُبَعَّضةِ أنّه يُزَوِّجُها بإذْنِها قريبُ المُبَعَّضةِ من النَّسَبِ ثمّ مُعتقُها وما أوهَمَه كلامُ البُلْقينيِّ من اعتبارِ إذْنِ مالِكِ بعضِها فغيرُ صحيحٍ إذْ لا تعلُّقَ له بوجهٍ فيما يَخُصُّ بعضَها الحُرَّ ويُزَوِّجُ الحاكِمُ أمةَ كافِرٍ أسلَمت بإذْنِه والموقوفةَ بإذْنِ الموقوفِ عليهم أي إن انحَصَروا وإلا لم تُزَوَّجْ فيما يظهرُ.

لأنّه لا بُدَّ من إذْنِ الموقوفِ عليه وهو مُتعذِّرٌ ويُفَرَّقَ بينها وبين أمةِ بيت المالِ بأنّ للإمام التَّصرُّفَ في هذه حتى بالبيعِ ونحوِه بخلافِ تلك وجزم غيرُ واحدٍ بأنّه لا بُدَّ من إذْنِ الموقوفة أيضًا وفيه نَظَرٌ بل لا يصحُّ؛ لأنّها بالوقفِ لم تخرُجْ عن حكم الملكِ إلا في مَنْع نحوِ البيعِ فغايَتُها أنّها كالمُستولَدةِ، وهي لا يُعْتَبَرُ إذْنُها فكذا هذه (**فإنْ فُقِدَ المُعتقُ وعصبتُه زَوَّجَ السُّلْطانُ**)، وهو هنا وفيما مَرَّ ويأتي مَنْ شَمَلها وِلايَتُه عامًّا كان، أو خاصًّا كالقاضي والمُتَوَلِّي لِعُقودِ الأنكِحةِ، أو هذا النِّكاحِ بخُصوصِه مَنْ هي حالةُ العقدِ بمَحَلِّ وِلايَته ولو مُجْتازةً به، وإنْ كان إذْنُها له، وهي خارِجُه كما يأتي لا خارِجةً عنه بل لا يَجوزُ له أنْ يَكْتُبَ بتزويجِها ولا يُنافيه خلافًا لِشارِحٍ أنّه يَجوزُ للحاكِمِ أنْ يَكْتُبَ بما حكم به في غيرِ مَحَلِّ وِلايَته؛ لأنّ الوِلايةَ عليها لا تَتعلَّقُ بالخاطِبِ فلَم يُؤَثِّرْ حُضورُه بخلافِه ثَمَّ فإنّ الحكمَ يَتعلَّقُ بالمُدَّعي فيكفي حُضورُه (**وكذا يُزَوِّجُ**) السُّلْطانُ (**إذا عَضَلَ القريبُ، أو المُعتقُ**)، أو عصبتُه إجماعًا لكن بعدَ ثُبوت العضْلِ عندَه بامتناعِه منه، أو سُكوته بحَضْرَته بعدَ أمرِه به والخاطِبُ والمرأةُ حاضِرانِ أو وكيلُهما، أو بَيِّنةٍ عندَ تعزُّزِه، أو تَواريه نعم، إنْ فسَقَ بعَضْلِه لِتَكرُّرِه منه مع عدم غلبةِ طاعاته على مَعاصيه، أو قُلْنا بما قاله جمعٌ أنّه كبيرةٌ زَوَّجَ الأبعدُ وإلا فلا؛ لأنّ العضْلَ صَغيرةٌ وإفتاءُ المُصَنِّفِ بأنّه كبيرةٌ بإجماعِ المسلمين مُرادُه أنّه عندَ عدمِ تلك الغلبةِ في حكمِها لِتصريحِه هو وغيرُه بأنّه صَغيرةٌ وحِكايَتُهم لِذلك وجهًا ضعيفًا وللجوازِ كذلك لِلاغتناءِ عنه بالسُّلْطانِ وسيُعْلَمُ مِمّا يأتي أنّه يُزَوِّجُ أيضًا عندَ غَيْبةِ الوليِّ وإحرامِه ونِكاحِه لِمَنْ هو وليُّها فقط وجُنونِ بالِغةٍ فقَدَت المُجْبِرَ وتعزُّزِ الوليِّ، أو تَواريه أو حَبْسِه ومَنْعِ النّاسِ من الاجتماعِ به وفَقْدِه حيثُ لا يُقَسَّمُ مالُه قال جمعٌ وكذا لو كان لها أقاربُ ولا يُعْلَمُ أيُّهم أقربُ إليها ويَتعيَّنُ حملُه على ما إذا امتَنَعوا من الإذْنِ لِواحدٍ منهم بعدَ إذْنِها لِمَنْ هو الوليُّ منهم مُجمَلًا إذا كان الإذْنُ يكفي مع ذلك ومن ثَمَّ لو أذِنَتْ لِوَلِيِّها من غيرِ تعيينٍ فزَوَّجَها وليُّها باطِنًا، وإنْ لم تعرفْه ولا عَرَفَها، أو قالتْ أذِنْت لأحدِ أوليائي أو مَناصيبِ الشرعِ صَحَّ وزَوَّجَها في الأخيرةِ كلٌّ منهم وتزويجُه أعني القاضيَ، أو نائِبَه بنيابةٍ اقتضَتْها الوِلايةُ فلا يصحُّ إذْنُها لِحاكِمِ غيرِ مَحَلَّتِها نعم، إنْ أذِنَتْ له، وهي في غيرِ مَحَلِّ وِلايَته ثمّ زَوَّجَها، وهي بمَحَلِّ وِلايَته صَحَّ على الأوجَه ولا نَظَرَ إلى أنّ إذْنَها لا يترتَّبُ عليه أثَرُه حالاً؛ لأنّ ذلك ليس بشرطٍ في صحّةِ الإذْنِ ألا

وإنّما يَحْصُلُ العضْلُ إذا دَعَتْ بالِغةٌ عاقِلةٌ إلى كُفْءٍ وامتَنَعَ ولو عَيَّنَتْ كُفُؤًا وأرادَ الأبُ غيرَه فَلَه ذلك في الأصَحِّ.

ترى إلى صحّةِ الإذْنِ قبلَ الوقت والتّحلُّلِ من الإحرامِ في الطّلَبِ في التّيمُّم والنّكاح وإذْنُه لِمَنْ يُزَوِّجُ قِنّه، أو ينكِحُ موَلّيته بعدَ سنةٍ ولِمَنْ يشتري له الخمرَ بعدَ تَخلُّلِها وإنّما لم يصحَّ سماعُه لِبيِّنةٍ بحَقٍّ، أو تزكيةٍ خارجَ عَمَلِه؛ لأنّ السّماعَ سببٌ للحكم فأُعْطِيَ حكمَه بخلافِ الإذْنِ هنا فإنّه ليس سببًا لِحكم بل لِصحّةِ مُباشَرةِ التزويج فكفَى وجودُه مُطْلَقًا بما تقرّر عُلِمَ بالأولى أنّها لو أذِنَتْ له ثمّ خرجتْ لِغيرِ مَحَلِّ وِلايَته ثمّ عادَتْ ثمّ زَوَّجَها صَحَّ وتَخلُّلُ الخُروجِ منها، أو منه لا يُبْطِلُ الإذْنَ وبالثانيةِ صرّح ابنُ العِمادِ قال كما لو سمِعَ البيّنةَ ثمّ خرج لِغيرِ مَحَلِّ وِلايَته ثمّ عادَ يحكُمُ بها ومثلُها الأولى على الأوجَه، وإنْ نَظَرَ فيها الزّركشيُّ كالأذرَعيِّ وزعم أنّ خُروجَها وعَوْدَها كما لو أذِنَتْ له ثمّ عُزِلَ ثمّ وُلِّيَ ليس بصحيح؛ لأنّ خُروجَها عن مَحَلِّ وِلايَته لا يقتضي وصْفَه بالعزْلِ بل بعدمِ الوِلايةِ عليها وبينهما فرقٌ ظاهرٌ كما أنّ خُروجَه لِغيرِ مَحَلِّ وِلايَته لا يقتضي ذلك بل عدمَ الوِلايةِ عليها فالمسألَتانِ على حَدٍّ سواءٍ كما هو واضِحٌ ولو زَوَّجَها هو والوليُّ الغائِبُ في وقتٍ واحدٍ بالبيِّنةِ قُدِّمَ الوليُّ ولو قُدِّمَ وقال كُنْت زَوَّجْتها قبلَ الحاكِمِ لم يُقْبل على ما يأتي ولو ثَبَتَ رُجوعُ الفاضِلِ قبلَ تزويجِه بانَ بُطْلانُه.

(**وإنّما يحصُلُ العضْلُ إذا دَعَتْ بالِغةٌ عاقِلةٌ إلى كُفؤٍ**) ولو عِنّينًا ومجبوبًا بالباءِ وقد خطبَها وعَيَّنَته ولو بالنّوْعِ بأنْ خطبَها أكفاءُ فدَعَتْ إلى أحدِهم أو ظهرتْ حاجةُ مجنونةٍ لِلنّكاح.

(**وامتنع**) ولو لِنَقْصِ المهرِ في الكامِلةِ، أو قال لا أُزَوِّجُ إلا مَنْ هو أكفَأُ منه، أو هو أخوها من الرّضاعِ، أو حَلفتُ بالطّلاقِ أنّي لا أُزَوِّجُها، أو مذهبي لا يَرى حِلَّها لهذا الزوجِ وذلك لِوجوبِ إجابَتها حينئذٍ كإطعامِ المُضْطَرِّ ولا نَظَرَ لإقرارِه بالرّضاعِ ولا لِحَلِفِه ولا لِمذهبه؛ لأنّه إذا زَوَّجَ لإجبارِ الحاكِمِ لم يأثَم ولم يحنَث نعم، بحث بعضُهم أنّ امتناعَه من نِكاحِ التحليلِ خُروجًا من خلافِه، أو لِقوّةِ دليلِ التحريمِ عندَه لا إثمَ به بل يُثابُ على قصْدِه قال الأذرَعيُّ وفي تزويجِ الحاكِمِ حينئذٍ نَظَرٌ لِفَقْدِ العضْلِ اهـ وقضيّةُ كلامِه تقريرُ ذلك البحثِ وأقَرَّه غيرُه وليس بواضِحٍ بل الأوجَه ما دَلَّ عليه إطلاقُهم أنّه حيثُ وُجِدَت الكفاءةُ لم يُعْذَرْ.

(**ولو عَيَّنَتْ**) مُجْبَرةٌ (**كُفؤًا وأرادَ الأبُ**) أو الجدُّ المُجْبِرُ كُفُؤًا (**غيرَه فله ذلك**)، وإنْ كان مُعَيَّنُها يَبْذُلُ أكثرَ من مهرِ المثلِ (**في الأصحّ**)؛ لأنّه أكمَلُ نَظَرًا منها والثاني يلزمُه إجابَتُها إعفافًا لها واختارَه السُّبْكيُّ وغيرُه.

قال الأذرَعيُّ ويظهرُ الجزمُ به إنْ زاد مُعَيَّنُها بنحوِ حُسنٍ أو مالٍ أمّا غيرُ المُجْبَرةِ فيَتعيَّنُ مُعَيَّنُها قطعًا لِتَوَقُّفِ نِكاحِها على إذْنِها.

(**تنبيهٌ**) لا يأثَمُ باطِنًا بعَضْلٍ لِمانِعٍ مُخِلٍّ بالكفاءةِ علمه منه باطِنًا ولم يُمْكِنْه إثباتُه.

فَصْلٌ

لا وِلايةَ لِرَقيقٍ وصَبيٍّ ومَجنونٍ ومُختَلِّ النّظَرِ بهَرَمٍ أو خَبلٍ، وكذا مَحجورٌ عليه بسَفَهٍ على المذْهَبِ، ومَتَى كانَ الأقْرَبُ ببعضِ هَذِه الصِّفاتِ فالوِلايةُ للأبْعَدِ، والإغْماءُ إنْ كانَ لا يَدومُ غالِبًا انْتُظِرَ إفاقَتُه، وإنْ كانَ يَدومُ أيّامًا انْتُظِرَ، ....

فصل في موانعِ ولايةِ النّكاحِ

(لا وِلايةَ لِرَقيقٍ) كلِّه أو بعضِه وإنْ قلَّ لِنَقْصِه نعم، له خلافًا لِفَتاوَى البغَويّ تزويجُ أمةٍ مَلَكها ببعضِه الحُرِّ بناءً على الأصحِّ أنّ السّيِّدَ يُزَوِّجُ بالملكِ لا بالوِلايةِ وكالمُكاتَبِ بالإذْنِ بل أولى لأنّه تامُّ الملكِ (وصَبيٍّ ومجنونٍ) لِنَقْصِهما أيضًا وإنْ تَقَطَّعَ الجُنونُ تَغْليبًا لِزَمَنِه المقتضي لِسَلْبِ العبارةِ فيُزَوِّجُ إلا بعدَ زَمَنِه فقط ولا يُنْتَظَرُ إفاقَتُه نعم، بحث الأذرَعيُّ أنّه لو قلَّ جِدًّا كيوم في سنةٍ انْتُظِرَتْ كالإغْماءِ قال الإمامُ: ولو قصُرَ زَمَنُ الإفاقة جِدًّا فهو كالعدمِ أي من حيثُ عدمُ انتظارِه لا من حيثُ عدمُ صحّةِ نِكاحِه فيه لو وقَعَ ويُشْتَرَطُ بعدَ إفاقَته صَفاؤُه من آثارِ خَبَلٍ يحمِلُه على حِدّةٍ في الخُلُقِ كما أفْهَمَه قولُه: ومختَلِّ (النظَرِ) وإنْ قلَّ وبَحْثُ الأذرَعيِّ خلافَه يَتعيَّنُ حملُه على نَوْعٍ لا يُؤَثِّرُ في النّظَرِ في الأكفاءِ والمصالِحِ (بهَرَمٍ) أو خَبَلٍ أصليٍّ أو طارِئٍ أو بأسقامٍ شَغَلَتْه عن اختيارِ الأكفاءِ ولم يُنْتَظَرْ زَوالُ مانِعِه لأنّه لا حَدَّ له يعرِفُه الخُبَراءُ بخلافِ الإغْماءِ ولم يُزَوِّج القاضي كالغائِبِ لِبَقاءِ أهليَّته إذْ لو زَوَّجَ في حالِ غَيْبَته صَحَّ بخلافِ هذا.

(وكذا محجورٌ عليه بسَفَهٍ) لِبُلوغِه غيرَ رَشيدٍ مُطْلَقًا أو بتبذيرِه بعدَ رُشْدِه وحَجْرٍ عليه (على المذهبِ) لأنّه لا يَلي أمرَ نفسِه فغيرُه أولى، ويصحُّ توكيلُ هذا والقِنِّ في قبولِ النّكاحِ دون إيجابه أمّا إذا لم يُحْجَرْ عليه فيَلي كما بحثه الرّافِعيُّ وهو ظاهرُ نصِّ الأُمِّ وإنْ صَحَّحَ جمعٌ خلافَه وعليه فسيأتي الفرقُ بين صحّةِ تَصَرُّفِه وعدمِ وِلايته وأمّا محجورٌ عليه بفَلَسٍ فيَلي لأنّه كامِلٌ وإنّما الحجْرُ عليه لِحَقِّ الغيرِ، (ومتى كان) المُعتقُ أو (الأقربُ) من عصبةِ النّسَبِ أو الولاءِ مُتَّصِفًا (ببعضِ هذه الصِّفات فالوِلايةُ) في الأولى لأقربِ عَصَبات المُعتقِ كالإرثِ وفي الثانيةِ (للأبعَدِ) نَسَبًا فولاءً فلو أعتَقَ أمةً وماتَ عن ابنِ صَغيرٍ وأبٍ أو أخٍ كبيرٍ زَوَّجَ الأبُ أو الأخُ لا الحاكِمُ على المنقولِ المعتمدِ وإنْ نُقِلَ عن نصٍّ وجمعٍ مُتَقَدِّمين أنّ الحاكِمَ هو الذي يُزَوِّجُ وانتصر له الأذرَعيُّ واعتمده جمعٌ مُتأخِّرون وقولُ البُلْقينيِّ «**الظّاهرُ والاحتياطُ أنّ الحاكِمَ يُزَوِّجُ**» يُعارِضُه قولُه «**في المسألةِ نُصوصٌ تَدُلُّ على أنّ الأبعد هو الذي يُزَوِّجُ وهو الصّوابُ**» اهـ وذلك لأنّ الأقرَبَ حينئذٍ كالعدمِ ولإجماعِ أهلِ السِّيَرِ على «أنّه ﷺ زَوَّجَه وكيلُه عمرو بنُ أُمَيّةَ أُمَّ حَبيبةَ بالحبَشةِ من ابنِ عَمِّ أبيها خالِدِ بنِ سعيدِ بنِ العاصِ أو عُثمانَ بنِ عَفّانَ لِكُفرِ أبيها أبي سُفيانَ رضي الله عنه» ويُقاسُ بالكُفرِ سائِرُ الموانِعِ السّابِقة والآتيةِ ولِذا قيلَ كان ينبغي تأخيرُ هذا عن كلِّها ومتى زالَ المانِعُ عادَت الوِلايةُ (والإغماءُ) والسُّكْرُ بلا تعدٍّ (إنْ كان لا يَدومُ غالِبًا) يعني بأنْ قلَّ جِدًّا (انْتُظِرَ إفاقَتُه) قطعًا لِقُربِ زَوالِه كالنّوْمِ (وإنْ كان يَدومُ أيّامًا انْتُظِرَ) أيضًا لكن

وقيلَ للأبْعَدِ. وَلا يَقْدَحُ العمَى في الأَصَحِّ. وَلا وِلايةَ لِفاسِقٍ على المذْهَبِ. وَيَلي الكافِرُ الكافِرةَ.

على الأصحِّ لأنّ من شأنِه أنّه قريبُ الزّوالِ كالنّوْمِ نعم، إنْ دَعَتْ حاجَتُها إلى النّكاحِ زَوَّجَها السُّلْطانُ على ما قاله المُتَوَلّي وغيرُه لَكِنّ ظاهرَ كلامِ الشيخَينِ خلافُه.

(وقيلَ) تنتقِلُ الوِلايةُ (للأبعَدِ) كالجُنونِ وقضيّةُ قولِه أيّامًا أنّ اليومَ واليومَين من القِسمِ الأوّلِ والذي في الروضةِ حِكايةُ الخلافِ فيهما أيضًا وقضيّةُ صَنيعِه انتظارُه وإنْ دامَ شهرًا و استبعده جمعٌ وادَّعَوْا أنّ المعتمدَ ما أفادَه كلامُ الإمامِ أنّه متى كان دون يومَين انْتُظِرَ وإلا زَوَّجَ الحاكِمُ كالغائِبِ بل أولى لِصحّةِ عبارةِ الغائِبِ (ولا يقدَحُ) الخرَسُ إنْ كان له كِتابةٌ أو إشارةٌ مُفْهِمةٌ وإلا زَوَّجَ الأبعَدُ ومَرَّ صحّةُ تزويجِه وتَزَوُّجِه بالكِتابةِ مع ما فيه فراجِعْه ولا (العمَى في الأصحِّ) لِقُدْرَته على البحثِ عن الأكفاءِ، وتعذُّرُ شَهادَته إنّما هو لِتعذُّرِ تَحَمُّلِه وإلا فهي مقبولةٌ منه في مَواضِعَ تأتي نعم، لا يَجوزُ لِقاضٍ تفويضُ وِلايةِ العُقودِ إليه لأنّها نَوْعٌ من وِلايةِ القضاءِ ويظهرُ أنّ العقدَ الواحدَ كذلك وعُلِمَ مِمّا مَرَّ أنّ عقدَه بمهرٍ مُعَيَّنٍ لا يُثبِتُه كشرائِه بمُعَيَّنٍ أو بيعِه له (ولا وِلايةَ لِفاسِقٍ) غيرِ الإمامِ الأعظَمِ (على المذهبِ) للحديثِ الصّحيحِ «لا نِكاحَ إلا بوَليٍّ»[1] مُرْشِدٍ أي عَدْلٍ عاقِلٍ فيُزَوِّجُ الأبعَدُ واختارَ أكثرُ مُتأخِّري الأصحابِ أنّه يَلي والغزاليُّ أنّه لو كان بحيثُ لو سُلِبَها انتقَلَتْ لِحاكِمٍ فاسِقٍ لا ينعزِلُ وليَ وإلا فلا لأنّ الفِسقَ عَمَّ واستَحْسَنَه في الروضةِ وقال ينبغي العمَلُ به وبه أفتى ابنُ الصّلاحِ وقَوّاه السُّبْكيُّ وقال الأذرَعيُّ لي مُنْذُ سِنين أُفْتي بصحّةِ تزويجِ القريبِ الفاسِقِ واختارَه جمعٌ آخرون إذا عَمَّ الفِسقُ وأطالوا في الانتصارِ له حتى قال الغزاليُّ مَنْ أبطَله حكم على أهلِ العصْرِ كلِّهم إلا مَنْ شَذَّ بأنّهم أولادُ حرام اهـ وهو عجيبٌ لأنّ غايته أنّهم من وطْءِ شُبهةٍ وهو لا يوصَفُ بحرمةٍ كحِلٍّ فصَوابُ العبارةِ حكم عليهم بأنّهم ليسوا أولادَ حِلٍّ ويُؤَيِّدُ ما قاله أوّلاً أنّه حُكيَ قولٌ لِلشّافِعيِّ أنّه ينعقِدُ بشَهادةِ فاسِقَين لأنّ الفِسقَ إذا عَمَّ في ناحيةٍ وامتنع النّكاحُ انقَطَعَ النّسلُ المقصودُ بَقاؤُه فكذا هذا وكما جازَ أكلُ الميْتةِ للمُضطَرِّ لِبَقائِه فكذا هذا لِبَقاءِ النّسلِ أمّا الإمامُ الأعظَمُ فلا ينعزِلُ بالفِسقِ فيُزَوِّجُ بَناته إنْ لم يكن لهنّ وليٌّ خاصٌّ وبَنات غيرِه بالوِلايةِ العامّةِ وإنْ فُسِّقَ تفخيمًا لِشأنِه ولو تابَ الفاسِقُ توبةً صحيحةً زَوَّجَ حالاً لأنّ الشرطَ عدمُ الفِسقِ لا العدالةُ.

وبينهما واسِطةٌ ولِذا زَوَّجَ المستورُ الظّاهرُ العدالةِ قال جمعٌ اتِّفاقًا واعتُرِضَ والصّبيُّ إذا بَلَغَ والكافِرُ إذا أسلَمَ ولم يَصْدُرْ منهما مُفَسِّقٌ وإنْ لم يحصُلْ لهما مَلَكةٌ تَحْمِلُهما الآنَ على مُلازَمةِ التقوَى، (ويَلي الكافِرُ) الأصليُّ غيرُ الفاسِقِ في دينِه وهذا أولى من تعبيرِ كثيرين بعَدْلٍ في دينِه لِما تقرّر في المسلمِ فهو أولى (الكافِرةَ) وإن اختلف دينُهما سواءٌ أكان الزوجُ مسلمًا أم ذِمّيًّا وهي مُجْبَرةٌ

---

(١) أخرجه: الشافعي في (مسنده) [رقم/ ١٠٧٥]، من طريقه: البيهقي في (السنن الكبرى) [٧/ ١١٢]، من طريق: سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنه به موقوفًا عليه. وينظر: (التلخيص الحبير) لابن حجر [٣/ ١٦٢].

وإحْرامُ أحَدِ العاقِدَيْنِ أو الزّوْجةِ يَمنَعُ صِحّةَ النّكاحِ، ولا يَنْقُلُ الوِلايةَ في الأصَحِّ، فيُزَوِّجُ السُّلْطانُ عندَ إحْرامِ الوليِّ، لا الأبْعَدُ.
قُلْت: ولو أحْرَمَ الوليُّ أو الزّوْجُ فعَقَدَ وكيلُه الحلالُ لم يَصِحَّ، واللّه أعْلمُ. ولو غابَ الأقْرَبُ إلى مَرْحَلَتَيْنِ زَوَّجَ السُّلْطانُ، ....

أو غيرُ مُجْبَرةٍ لقوله تعالى ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٍۚ﴾ [الأنفال:٧٣] لا المسلمةَ إجماعًا ولا المسلمُ الكافِرةَ إلا الإمامَ ونائبَه فإنّه يُزَوِّجُ مَنْ لا وليَّ لها ومَنْ عَضَلها وليُّها بعمومِ الوِلايةِ ولا يُزَوِّجُ حربيٌّ ذِمّيّةً وعكسُه كما لا يتوارَثانِ قاله البُلْقينيُّ قال: والمُعاهَدُ كالذِّمّيِّ ويُزَوِّجُ نصْرانيٌّ يهوديّةً وعكسُه كالإرثِ وصورتُه أنْ يتزَوَّجَ نصْرانيٌّ يهوديّةً أو عكسُه فتَلِدَ له بنتًا فتُخَيَّرَ إذا بَلَغَتْ بين دينِ أبيها وأُمِّها فتختارَها أو تختارَه.

(وإحرامُ أحدِ العاقِدَين) لِنفسِه أو غيرِه بوِلايةٍ أو وكالةٍ (أو الزوجةِ) أو الزوجِ أو الوليِّ الغيرِ العاقِدِ إحرامًا مُطْلَقًا أو بأحدِ النُّسُكين ولو فاسِدًا (يمنعُ صحّةَ النّكاحِ) وإذْنِه فيه لِقِنِّه الحلالِ على المنقولِ المعتمدِ أو لِموَلّيه السّفيه كما بحثه جمعٌ وعليه فيُفَرَّقُ بين هذا وصحّةِ التوكيلِ حيثُ لم يُقَيِّدْ بالعقدِ في الإحرام بأنّ ما هنا مَنْشَؤه الوِلايةُ وليس المُحْرِمُ من أهلِها بخلافِ مُجَرَّدِ الإذْنِ إذْ يُحْتاطُ للوِلايةِ ما لا يُحْتاطُ لِغيرِها وذلك لِخبرِ مسلم «لا ينكِحُ المُحرِمُ ولا يُنكِحُ»[1] بكسرِ كافَيْهِما، وخبرُه عن ابنِ عَبّاسٍ «أنّه ﷺ نكحَ مَيمونةَ وهو مُحْرِمٌ» مُعارَضٌ بالخبرِ الحسَنِ عن أبي رافِعٍ أنّه كان حَلالاً وأنّه الرّسولُ بينهما وهو مُقَدَّمٌ لأنّه المُباشِرُ للواقعةِ على أنّ من خَصائِصِه ﷺ أنّ لَه النّكاحَ مع الإحرام ويَجوزُ أنْ يُزَوِّجَ حَلالٌ لِحَلالٍ أمةَ محجورِه المُحْرِمِ لأنّ العاقِدَ ليس نائبَه وأنْ تُزَفَّ المُحْرِمةُ لِزوجِها المُحْرِمِ وأنْ يُراجِعَ تَغْليبًا لِكونِ الرّجعةِ استدامةً كما يأتي، (ولا تنتقِلُ الوِلايةُ) إلى الأبعَدِ (في الأصحِّ فيُزَوِّجُ السُّلْطانُ عندَ إحرامِ الوليّ) لِبَقاءِ رُشْدِ المُحْرِمِ ونَظَرِه وإنّما مُنِعَ تعظيمًا لِما هو فيه وقولُه (لا الأبعَدُ) إيضاحٌ لأنّه عَيْنُ قولِه ولا تنتقِلُ الوِلايةُ.

(قُلْت: ولو أحرَمَ الوليُّ أو الزوجُ فعقَدَ وكيلُه الحلالُ لم يصحَّ) قبلَ التّحَلُّلينِ (واللّه أعلمُ) لأنّ الموَكِّلَ لا يملكُه ففرعُه أولى بل بعدَهما لأنّه لا ينعزِلُ به ولو أحرَمَ الإمامُ أو القاضي فلِنوّابه تزويجُ مَنْ في وِلايَته حالَ إحرامِه لأنّ تَصرُّفَهم بالوِلايةِ لا بالوكالةِ ومن ثَمَّ جازَ لِنائِبِ القاضي الحكمُ له وبه يُرَدُّ بَحْثُ الزّركشيّ الامتناعَ إنْ قال له الإمامُ استخلِفْ عن نفسِك أو أطلِقْ.

(ولو غابَ الأقرَبُ إلى مَرْحَلَتَين) أو أكثرَ ولم يُحْكم بموته ولا وكَّلَ. مَنْ يُزَوِّجُ موَلّيته إنْ خُطِبَتْ في غَيْبَته (زَوَّجَ السُّلطانُ) لا الأبعَدُ وإنْ طالَتْ غَيْبَتُه وجُهِلَ مَحَلُّه وحياتُه لِبَقاءِ أهليّةِ الغائِبِ والأصلُ إبقاؤُها والأولى أنْ يأذَنَ للأبعَدِ أو يستأذِنَه ليخرُجَ من الخلافِ ولو بانَ ببَيِّنةٍ - قال البغَويّ: أو بحَلِفِه

---

(١) [صحيح] أخرجه: مسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٠٩]، وأبو داود في (سننه) [رقم/ ١٨٤١]، والنسائي في (سننه) [رقم/ ٢٨٤٢]، وغيرهم من حديث: عثمان بن عفان ﷺ.

ودونَهما لا يُزَوِّجُ إلّا بإذْنِه في الأصَحِّ، ....

وقد يُنافيه ما يأتي في كُنت زَوَّجْتها أنّه لا يُقْبَلُ قولُه بلا بَيِّنةٍ- كونُه بدونِ مَسافة القصْرِ عندَ تزويجِ القاضي بانَ بُطْلانُه أمّا إذا كان له وكيلٌ فهو مُقَدَّمٌ على السُّلْطانِ على المنقولِ المعتمدِ خلافًا للبُلْقينيِّ قال السُّبْكيُّ ومَحَلُّه في المُجْبِرِ وغيرِه إنْ أذِنَتْ له ا هـ وقولُه إنْ أذِنَتْ له قيْدٌ في الغيرِ فقط لِما يأتي ولو قدَّمَ فقال كُنت زَوَّجْتها لم يُقْبل بدونِ بَيِّنةٍ لأنّ الحاكِمَ هنا وليٌّ إذِ الأصحُّ أنّه يُزَوِّجُ بنيابةٍ اقتضتْها الوِلايةُ والوليُّ الحاضِرُ لو زَوَّجَ فقَدِمَ آخرُ غائبٌ وقال كُنت زَوَّجْت لم يُقْبل إلا ببيِّنةٍ بخلافِ البيعِ لأنّ الحاكِمَ وكيلٌ عن الغائبِ والوكيلِ لو باعَ فقَدِمَ الموَكِّلُ وقال: كُنت بعْتُ مثلاً يُقْبَلُ بيَمينِه.

(تنبيهٌ) وقَعَ لابنِ الرِّفعةِ أنّ للحاكِمِ عندَ غَيْبةِ الأبِ تزويجَ الصّغيرةِ بناءً على الضّعيفِ أنّه يُزَوِّجُ بالنّيابةِ ورُدَّ بأنّ الصّوابَ ما في الأنوارِ وغيرِه أنّه لا يُزَوِّجُها ولا على هذا القولِ لأنّ الحاكِمَ إنّما يَنوبُ عن غيرِه في حَقٍّ لَزِمَه أداؤُه والأبُ لا يلزمُه تزويجُ الصّغيرةِ وإنْ ظهرت الغِبْطةُ فيه.

(ودونَهما) إذا غابَ الأقربُ إليه (لا يُزَوِّجُ) السُّلْطانُ (إلا بإذْنِه في الأصحِّ) لأنّه حينئذٍ كالمُقيم بالبلَدِ فإنْ تعذَّرَ إذْنُه لِخوفٍ أو نحوِه زَوَّجَ الحاكِمُ على ما اعتمده ابنُ الرِّفعةِ وغيرُه وأشارَ الأذرَعيُّ إلى التّوَقُّفِ فيه بقولِه فإنْ صَحَّ وجَبَ تقييدُ إطلاقِ الرّافِعيِّ وغيرِه به لَكِنّه قال عَقِبَ ذلك والظّاهرُ أنّه لو كان في البلَدِ في سِجْنِ السُّلْطانِ وتعذَّرَ الوُصولُ إليه أنّ القاضيَ يُزَوِّجُ ا هـ.

والذي يُتَّجه أنّه حيثُ تعذَّرَ إذْنُه زَوَّجَ، أو تعسَّرَ فلا، وبه يُجْمَعُ بين التّوَقُّفِ والبحثِ وتُصدَّقُ في غَيْبةِ وليِّها وخُلوِّها من الموانِعِ ويُسَنُّ طَلَبُ بَيِّنةٍ منها بذلك وإلا فيُحَلِّفُها فإنْ ألَحَّتْ في الطّلَبِ بلا بَيِّنةٍ ولا يَمينٍ أُجيبَتْ على الأوجَه وإنْ رَأى القاضي التّأخيرَ لِما يترَتَّبُ عليه حينئذٍ من المفاسِدِ التي لا تُتَدارَكُ، ومَحَلُّ ذلك ما لم يُعْرَفْ تَزَوُّجُها بمُعَيَّنٍ وإلا اشتُرِطَ في صحّةِ تزويجِ الحاكِمِ لها دون الوليِّ الخاصِّ - كما أفادَه كلامُ الأنوارِ - إثباتُها لِفِراقِه سواءٌ أغابَ أم حَضَرَ هذا ما دَلَّ عليه كلامُ الشيخينِ وهو المعتمدُ من اضْطِرابٍ طَويلٍ فيه وإنْ كان القياسُ ما قاله جمعٌ من قبولِ قولِها في المُعَيَّنِ أيضًا حتى عندَ القاضي لِقولِ الأصحابِ إنّ العبرةَ في العُقودِ بقولِ أربابِها ومن ثَمَّ لو قال اشتريْت هذه الأمةَ من فُلانٍ وأرادَ بيعَها جازَ شراؤُها منه وإنْ لم يَثْبُتْ شراؤُه مِمَّنْ عَيَّنَه لَكِنّ الجوابَ أنّ النّكاحَ يُحْتاطُ له أكثرَ ومِمّن اعتمد التّفْصيلَ بين المُعَيَّنِ وغيرِه السُّبْكيُّ وتَبِعَه ولَدُه التّاجُ فقال عنه: إنْ عُيِّنَ الزوجُ لم يُقْبل إلا ببيِّنةٍ حَضَرَ أو غابَ طَلَّقَ أو مات وإنْ لم يُعَيَّنْ قُبِلَتْ مُطْلَقًا واعلم أنّ كلامَ الأنوارِ الذي أشرت إليه أخذَه من قولِ القاضي في فتاويه غابَ زوجُها وانقَطَعَ خبرُه فقالتْ لِوَلِيِّها: زَوِّجْني فإنّه مات أو طَلَّقَني وانقضت عِدَّتي فأنكر حُلِّفَ فإنْ نَكلَ حُلِّفت وزَوَّجها فإنْ أبى فالحاكِمُ ففيه وإنْ كان قولُه حُلِّفَ إلَخْ مَرْدودًا لأنّ اليمين المرْدودةَ لا يَتعدّى حكمُها لِثالِثٍ وهو الحكمُ بفِراقِ الأوّلِ لها التّصْريحُ بأنّه إذا صَدَّقَها زوجُها مع تعيينِ الزوجِ واعتمده ابنُ عُجَيْلٍ والحضْرَميُّ فقالا: لو خطبَها رجلٌ من وليِّها الحاضِرِ وأرادَ أنْ يتزَوَّجَ بها منه جازَ أنْ يتزَوَّجَ بها منه ويُقْبَلُ قولُها في ذلك لأنّ اعتمادَ

وللمُجْبِرِ التَّوْكيلُ في التَّزْويجِ بغيرِ إذْنِها، ولا يُشْتَرَطُ تَعْيينُ الزّوْجِ في الأَظْهَرِ، ويَحْتاطُ الوكيلُ فلا يُزَوِّجُ ....

العُقولِ على قولِ أربابِها بخلافِ أحكامِ القُضاةِ فإنّ الاعتمادَ على ظُهورِ حُجّةٍ عندَ القاضي ووافَقَهما في الخادِمِ على الفرقِ بين الوليِّ والقاضي ولابنِ العِمادِ هنا ما هو مَرْدودٌ فتَنَبَّهْ له

(فرع): إذا عُدِمَ السُّلْطانُ لَزِمَ أهلَ الشّوْكةِ الذين هم أهلُ الحلِّ والعقدِ ثَمَّ أنْ يُنَصِّبوا قاضيًا فتنفُذَ حينئذٍ أحكامُه لِلضَّرورةِ المُلْجِئةِ لِذلك وقد صرّح بنظيرِ ذلك الإمامُ في الغياثيِّ فيما إذا فُقِدَتْ شَوْكةُ سُلْطانِ الإسلامِ أو نوّابه في بَلَدٍ أو قُطْرٍ وأطالَ الكلامَ فيه ونَقَله عن الأشعَريِّ وغيرِه واستَدَلَّ له الخطّابيُّ بقضيّةِ خالِدِ بنِ الوليدِ وأخذِه الرّايةَ من غيرِ إمرةٍ لَمّا أُصيبَ الذين أمَّرَهم ﷺ زَيْدٌ فجعْفَرٌ فابنُ رَواحةَ رضي الله عنهم قال وإنّما تَصَدَّى خالِدٌ للإمارةِ لأنّه خافَ ضَياعَ الأمرِ فرَضيَ به ﷺ ووافَقَ الحقَّ فصار ذلك أصلًا في الضّروراتِ إذا وقَعَتْ في قيامِ أمرِ الدّينِ.

(وللمُجْبِرِ التوكيلُ في التزويجِ بغيرِ إذْنِها) كما يُزَوِّجُها بغيرِ إذْنِها نعم، يُسَنُّ للوَكيلِ استئذانُها ويكفي سُكوتُها (ولا يُشْتَرَطُ تعيينُ الزوجِ) للوَكيلِ فيما ذُكِرَ ولا تعيينُه من الآذِنةِ لِوَلِيِّها (في الأظهرِ) لأنّ وُفورَ شَفَقَته تَدْعوه إلى أنْ لا يوَكِّلَ إلا مَنْ يَثِقُ بنَظَرِه واختيارِه ولا يُنافيه اشتراطُ تعيينِ الزوجةِ لِمَنْ وكَّله أنْ يتزَوَّجَ له على المعتمدِ من تَناقُضٍ فيه لأنّه لا ضابِطَ هنا يُرْجَعُ إليه وثَمَّ يتقَيَّدُ بالكُفْءِ ويكفي (تَزَوَّجْ لي مَنْ شِئْت أو إحدَى هَؤُلاءِ) لأنّ عمومَه الشّامِلَ لِكلٍّ من إفرادِه مُطابَقة بنفيِ الغرَرَ بخلافِ امرَأةٍ، (ويحتاطُ الوكيلُ) وجوبًا عندَ الإطلاقِ (فلا يُزَوِّجُ) بمهرِ مثلٍ وثَمَّ مَنْ يَبْذُلُ أكثرَ منه أي يحرُمُ عليه ذلك وإنْ صَحَّ العقدُ كما هو ظاهرٌ بخلافِ البيعِ لأنّه يتأثَّرُ بفَسادِ المُسَمَّى ولا كذلك النّكاحُ ولا يُنافيه البُطْلانُ في زوجِها بشرطِ أنْ يضمنَ فُلانٌ أو يرهَنَ بالمهرِ شيئًا فلم يُشْتَرَطْ ذلك لأنّ المُخالَفة هنا صريحةٌ بخلافِها في الأوّلِ ومثلُ ذلك على الأوجَه: زَوِّجْها ولا تُزَوِّجْها حتى يضمنَ فُلانٌ، وقولُ القاضي بخلافِه رَدَّه البغَويّ بأنّ كلامَه مُتَضَمِّنٌ لِلتعليقِ بالضّمانِ فلم يصحَّ بدونِه وكذا في: لا تُزَوِّجْه حتى تُحَلِّفَه بالطّلاقِ منها أنّه لا يشرَبُ الخمرَ ولا نَظَرَ لِعدمِ إمكانِ هذا الشرطِ قبلَ التزويجِ لِما تقرّر من تَضَمُّنِ كلامِه لِلتعليقِ به فاشتُرِطَ لِنُفوذِ تَصَرُّفِه وجودُه ولو فاسِدًا ومن ثَمَّ جزَمَ بعضُهم بأنّه حيثُ وكَّله بالعقدِ بعِوَضٍ فاسِدٍ أو بشرطٍ فاسِدٍ فزَوَّجَ كذلك صَحَّ بمهرِ المثلِ وإلا فلا وبَنَى القاضي على ما مَرَّ عنه الذي رَدَّه البغَويّ قوله ولو قالتْ زَوِّجْني منه برَهْنٍ أو بضمانِ فُلانٍ صَحَّ التوكيلُ والتزويجُ بلا ضمانٍ ولا رَهْنٍ لِتعذُّرِهما قبلَ العقدِ فأُلْغيا وفي مثلِه في البيعِ يتخَيَّرُ البائعُ ولا خيارَ هنا ا هـ وقد عَلِمْت رَدَّه مِمّا تقرّر وأنّه لا تعذُّرَ لإمكانِ شرطِهما في العقدِ.

قال البغَويّ: ولو وكَّلَ في تزويجِها بنحوِ خمرٍ فزَوَّجَ بقدرِ مهرِ المثلِ صَحَّ أي ولا نَظَرَ للمُخالَفة هنا لأنّ حَقيقَتَها لم توجَدْ إذْ تَسميةُ الخمرِ موجِبةٌ لِمهرٍ فأتَى بمثلِها لا بما يُخالِفُها ويُقاسُ بذلك ما في معناه كأنْ يُزَوِّجَها في صورةِ اشتراطِ العِوَضِ الفاسِدِ بمهرِ المثلِ قال ولو وكَّلَ في تزويجِها بشرطِ أنْ

غيرَ كُفْءٍ، وغيرُ المُجْبِرِ إنْ قالتْ له وكِّلْ وكَّلَ، وإنْ نَهَتْه فلا، وإنْ قالتْ زَوِّجْني فَلَه التَّوْكيلُ في الأَصَحِّ، ولو وكَّلَ قبلَ استِئْذانِها في النِّكاحِ لم يَصِحَّ على الصَّحيحِ، ....

يحلِفَ الزوجُ بطلاقِها بعدَ العقدِ أنّه لا يشرَبُ الخمرَ صَحَّ التوكيلُ والتزويجُ بخلافِ لا تُزَوِّجْها إذا لم يحلِفْ لا يصحُّ التزويجُ أي إذا لم يحلِف اهـ.

ويُفَرَّقُ بأنّه في الأوّلِ لم يشرُطْ عليه شيئًا في العقدِ ولا قبله بل بعدَه وهو غيرُ لازِمٍ فلم يجب امتثالُه بخلافِ الثاني فإنّه بسَبيلٍ من وجودِه ولو فاسِدًا بأنْ لا يُزَوِّجه الأبعَدُ ولا يُزَوِّجَ أيضًا (غيرَ كُفْءٍ) بل لو خطبَها أكفاءٌ مُتَفاوِتون لم يَجُزْ تزويجُها ولم يصحَّ بغيرِ الأكفاءِ لأنّ تَصرُّفَه بالمصْلَحةِ وهي مُنْحَصِرةٌ في ذلك وإنّما لم يلزم الوليَّ الأكفاءُ لأنّ نَظَرَه أوسَعُ من نَظَرِ الوكيلِ ففوّضَ الأمرَ إلى ما يَراه أصلَحَ ولو استَوَيا كفاءةً وأحدُهما مُتَوَسِّطٌ والآخرُ موسِرٌ.

تعيَّنَ الثاني كما قاله بعضُهم ومَحَلُّه إنْ سلِمَ ما لم يكن الأوّلُ أصلَحَ لِحُمْقِ الثاني أو شِدّةِ بُخْلِه مثلًا ولو قالتْ لِوَليِّها: زَوِّجْني مَنْ شِئْت جازَ له أنْ يُزَوِّجَ من غيرِ الكُفْءِ كما لو قال لِوَكيلِه زَوِّجْها مَنْ شاءَتْ فزَوَّجَها بغيرِ كُفْءٍ برِضاها، (وغيرُ المُجْبِرِ) كالأبِ في الثيِّبِ (إنْ قالتْ له وكِّلْ وكَّلَ) وله التزويجُ بنفسِه فإنْ قالتْ له وكِّلْ ولا تُزَوِّجْ فسَدَ الإذْنُ لأنّه صار للأجنَبيِّ ابتداءً نعم، إنْ دَلَّتْ قرينةٌ ظاهرةٌ على أنّها إنّما قصَدَتْ إجلاله صَحَّ كما بحثه الأذرَعيُّ (وإنْ نَهَتْه) عن التوكيلِ (فلا) يوكِّلُ عَمَلًا بإذْنِها كما يُراعَى إذْنُها في أصلِ التزويجِ (وإنْ قالتْ) له (زَوِّجْني) وأطلقت فلم تأمُرْه بتوكيلٍ ولا نَهَتْه عنه (فله التوكيلُ في الأصحِّ) لأنّه بالإذْنِ صار وليًّا شرعًا أي مُتَصرِّفًا بالولايةِ الشرعيّةِ فمَلَك التوكيلَ عنه وبه فارَقَ كون الوكيلِ لا يوكِّلُ إلا لِحاجةٍ ويلزمُ الوكيلَ الاحتياطُ هنا نظيرَ ما مَرَّ ولو عَيَّنَتْ للوَليِّ زوجًا ذكرَه للوَكيلِ فإنْ أطلقَ فمُزَوِّجٌ منه لم يصحَّ لأنّ التّفْويضَ المُطْلَقَ مع أنّ المطلوبَ مُعَيَّنٌ فاسِدٌ وفارَقَ التقييدَ بالكُفْءِ في حالةِ الإطلاقِ بأنّه ساعده اطِّرادُ العُرْفِ العامِّ به وهو معمولٌ به في العُقودِ بخلافِ التقييدِ بالمُعَيَّنِ فإنّه يقرُبُ من التقييدِ بالعُرْفِ الخاصِّ وهو لا يُؤَثِّرُ كبيعِ حِصْرِمٍ بلا شرطِ قطعٍ في بَلَدٍ عادَتُهم قطعُه حِصْرِمًا وبقولِهم مع أنّ المطلوبَ مُعَيَّنٌ مع الفرقِ المذكورِ يندَفِعُ ما قيلَ اعتراضًا عليهم العبرةُ في العُقودِ بما في نفسِ الأمرِ، وعدمُ تعيينِه الزوجَ له لا يُفْسِدُ إذْنَه إذْ ليس فيه تصريحٌ بالنّكاحِ المُمْتَنِعِ بل إطلاقٌ فكما يَجوزُ ويتقَيَّدُ بالكُفْءِ فكذلك يَجوزُ هنا ويتقَيَّدُ بالمُعَيَّنِ وإنّما بَطَلَ توكيلُ وليِّ الطِّفْلِ في بيعِ ما له بما عَزَّ وهانَ لأنّه إذْنٌ صريحٌ في البيعِ المُمْتَنِعِ شرعًا إذْ أهلُ العُرْفِ إنّما يستعمِلونَه في الإذْنِ في الغبنِ فليس هذا نظيرَ ما نحن فيه وإنّما نظيرُه أنْ يُطلِقَ التوكيلَ في بيعِ مالِ موَلّيه والظّاهرُ كما قاله السُّبْكيُّ أنّه يصحُّ ويتقَيَّدُ بالمُسَوِّغِ الشرعيِّ اهـ.

(ولو وكَّلَ) غيرُ الحاكِمِ (قبلَ استئذانِها) يعني إذْنَها (في النّكاحِ لم يصحَّ) النّكاحُ (على الصّحيحِ) لأنّه لا يملكُ التزويجَ بنفسِه حينئذٍ فكيف يُفَوِّضُه لِغيرِه أمّا بعدَ إذْنِها وإنْ لم يعلم به حالَ التوكيلِ فإنّه يصحُّ كما هو ظاهرٌ اعتبارًا بما في نفسِ الأمرِ أمّا الحاكِمُ فله تقديمُ إنابةِ مَنْ يُزَوِّجُ موَلّيته على إذْنِها له

وليَقُلْ وكيلُ الوليِّ زَوَّجْتُك بنتَ فُلانٍ، وليَقُل الوليُّ لِوَكيلِ الزَّوجِ زَوَّجْت بنْتي فُلانًا، فَيَقولُ وكيلُه قَبِلْت نِكاحَها له. وَيَلْزَمُ المُجْبِرَ تَزْويجُ مَجْنونةٍ بالِغةٍ ومَجْنونٍ ظَهَرَتْ حاجَتُه،

بناءً على الأصحِّ أنّ استنابَتَه في شُغْلٍ مُعَيَّنٍ استخْلافٌ لا توكيلٌ ولو ذكرَ له دَنانيرَ انصرفتْ للغالِبِ وإلا وجَبَ التعيينُ إن اختلفت قيمَتُها كالبيعِ ويصحُّ إذْنُها لِوَليِّها أنْ يُزَوِّجَها إذا طَلَّقَها زوجُها وانقضت عِدَّتُها لا إذْنُ الوليِّ لِمَنْ يُزَوِّجُ مولِّيته كذلك على ما قالاه في الوكالةِ وقد مَرَّ بما فيه مع نَظائِرِه وعليه فالفرقُ بينها وبين وليِّها أنّ إذْنَها جَعْليٌّ وإذْنَه شرعيٌّ أي استفادَه من جِهةِ جَعْلِ الشرعِ له - بعدَ إذْنِها - وليًّا شرعًا، والجعْليُّ أقوى من الشرعيِّ كما مَرَّ في الرّهْنِ و بهذا جَمَعوا بين تَناقُضِ الروضةِ في ذلك والجمعُ بحملِ البُطْلانِ على خُصوصِ الوكالةِ والصِّحّةِ على التّصَرُّفِ لِعمومِ الإذْنِ: قال بعضُهم خطأٌ صريحٌ مُخالِفٌ للمنقولِ ومَرَّ ما في ذلك في الوكالةِ.

(ولْيَقُلْ وكيلُ الوليِّ) لِلزوجِ (زَوَّجْتُك بنتَ فُلانٍ) بنِ فُلانٍ ويرفَعُ نَسبه إلى أنْ يتمَيَّزَ ثـمّ يقولُ: موَكِّلي أو وكالةً عنه مثلاً إنْ جَهِلَ الزوجُ أو الشّاهِدانِ أو أحدُهما وكالَتَه عنه وإلا لم يحتجِ لِذلك وكذا لا بُدَّ من تصريحِ الوكيلِ بها فيما يأتي إنْ جَهِلها الوليُّ أو الشُّهودُ وجزم بعضُهم بأنّه يكفي في العلمِ هنا قولُ الوكيلِ وقد يُنافيه ما مَرَّ أنّه لا يكفي إخبارُ العبدِ بأنّ سيِّدَه أذِنَ له في التِّجارةِ لأنّه مُتَّهَمٌ بإثباتِ وِلايةٍ لِنفسِه وهذا بعَينه جارٍ في الوكيلِ ويُرَدُّ بأنّ الوكيلَ لا تَثبُتُ بقولِه وكالَتُه بل إنّ العقدَ منه بطَريقِ الوكالةِ الثابِتةِ بغيرِ قولِه بخلافِ العبدِ

(تنبيهٌ): ظاهِرُ كلامِهم أنّ التّصْريحَ بالوكالةِ فيما ذُكِرَ شرطٌ لِصحّةِ العقدِ وفيه نَظَرٌ واضِحٌ لِقولِهم العبرةُ في العُقودِ حتى النّكاحِ بما في نفسِ الأمرِ فالذي يُتَّجه أنّه شرطٌ لِحِلِّ التّصرُّفِ لا غيرُ وليس هذا كما مَرَّ آنِفًا لأنّ الإذْنَ للوَكيلِ ثَمّ فاسِدٌ من أصلِه بخلافِه هنا.

(ولْيَقُل الوليُّ لِوَكيلِ الزوجِ: زَوَّجْت ابنَتي فُلانًا) ابنَ فُلانٍ كذلك (فيقولُ وكيلُه) قبِلْت نِكاحَها له أو تَزَوَّجْتها له مثلاً كما هو ظاهرٌ وإطباقُهم على الأولى لا بعَينها إذْ لا فرقَ في المعنى بينها وبين غيرِها مِمّا ذُكِرَ وإنّما احتيجَ في البيعِ لِخِطابِ الوكيلِ لأنّه يُمْكِنُ وُقوعُه له ولا كذلك النّكاحُ ومن ثَمّ لو حَذَفَ قوله هنا «له» يصحُّ وإنْ نَواه لأنّ الشُّهودَ لا مُطَّلَعَ لهم على النّيّةِ وللوَكيلِ أنْ يقبَلَ أو لا كما ذُكِرَ مع التّصْريحِ بوَكالَته إنْ جُهِلَتْ ثـمّ يُجيبُه الوليُّ ولا يَرِدُ عليه هذا لأنّه معلومٌ مِمّا قدَّمَه في الصّيغةِ ولو كانا وكيلينِ قال وكيلُ الوليِّ زَوَّجْت بنتَ فُلانٍ من فُلانٍ وقال وكيلُ الزوجِ ما ذُكِرَ.

(ويلزمُ المُجْبِرَ) أي الأب والجدَّ وإنْ لم يكن لهما الإجبارُ في بعضِ الصّوَرِ الآتيةِ ومثلُه الحاكِمُ عندَ عدمِه أي أصلاً أو بأنْ لم يُمْكِن الرُّجوعُ إليه نظيرَ الخلافِ السّابِقِ في التحكيمِ (تزويجُ مجنونةٍ) أطبَقَ جُنونُها (بالِغةٍ) ولو ثَيِّبًا مُحْتاجةً للوَطْءِ نظيرَ ما يأتي أو للمهرِ والنّفَقة وحَذَفَه لأنّ البُلوغَ مَظِنَّته غالِبًا فاكتَفَى عنه به (ومجنونٍ) أطبَقَ جُنونُه بالِغٍ (ظهرتْ حاجَتُه) بظُهورِ أماراتِ تَوَقانِه بدَورانِه حَوْلَ النّساءِ أو بتَوَقُّعِ الشّفاءِ بقولِ عَدْلي طِبٍّ أو باحتياجِه لِمَنْ يخدُمُه وليس له نحوُ محرَمٍ يخدُمُه ومُؤَنُ

لا صَغيرةٍ وصَغيرٍ. وَيَلْزَمُ المُجْبِرَ وغيرَه إنْ تَعَيَّنَ إجابةُ مُلْتَمِسةِ التَّزْويجِ، فإنْ لم يَتَعَيَّنْ كإخْوةٍ فَسألَتْ بعضَهم لَزِمَه الإجابةُ في الأَصَحِّ. وإذا اجْتَمع أولياءُ في دَرَجةٍ استُحِبَّ أنْ يُزَوِّجَها أفْقَهُهم وأَسَنُّهم بِرِضاهم فإنْ تَشاحّوا أُقْرِعَ، ....

النّكاحَ أخفُّ من ثمنِ أمةٍ ومُؤَنِها ولا نَظَرَ إلى أنّ الزوجةَ لا يلزمُها خِدْمَتُه لاعتيادِ النّساءِ لِذلك ومُسامَحتِهنّ به غالِبًا بل أكثرُهُنّ يَعُدُّ تركه رُعونةً وحُمْقًا وذلك للحاجةِ واكتُفِيَ بها فيها لا فيه بل اشتُرِطَ ظُهورُها لأنّ تزويجَها يُفيدُها المهرَ والمُؤَنَ وتزويجَه يُغَرِّمُه إيّاهما كذا قيلَ وفيه نَظَرٌ بل المناطُ فيهما الحاجةُ لا غيرُ كما يُصَرِّحُ به كلامُ الروضةِ وأصلِها فإنّهما قيّدا فيهما بالحاجةِ بظُهورِ أماراتِ التّوَقانِ لكن يلزمُ من ظُهورِه فيه ظُهورُها بخلافِه فيها للحياءِ الذي جُبِلْنَ عليه فمن ثَمَّ ذكرَ الظُّهورَ فيه دونَها أمّا إذا تَقَطَّعَ جُنونُهما فلا يُزَوَّجانِ حتى يُفيقا ويأذَنا وتَستَمِرَّ إفاقَتُهما إلى تمامِ العقدِ كذا أطلقوه وهو بَعيدٌ إنْ عُهِدَتْ نُدْرَتُها وتَحَقَّقت الحاجةُ لِلنّكاحِ فلا ينبغي انتظارُها حينئذٍ ويُؤَيِّدُه ما مَرَّ في أقرَبَ نَدَرَتْ إفاقَتُه وعُلِمَ مِمّا مَرَّ أنّ هذا في غيرِ البِكْرِ بالنّسبةِ للمُجْبِرِ (لا صَغيرةٍ وصَغيرٍ) فلا يلزمُه تزويجُهما ولو مجنونَين كما يأتي وإنْ ظهرت الغِبْطةُ في ذلك لِعدمِ الحاجةِ حالاً مع ما في النّكاحِ من الأخطارِ أو المُؤَنِ وبه فارَقَ وجوبَ بيعِ مالِه عندَ الغِبْطةِ وسيذكرُ تزويجَها للمَصْلَحةِ بسائِرِ أقسامِها وهو غيرُ ما هنا إذْ هو في الوجوبِ وذاكَ في الجوازِ.

(ويلزمُ المُجْبِرَ وغيرَه إنْ تعيَّنَ) كأخٍ واحدٍ (إجابةُ) بالِغةٍ (مُلْتَمِسةِ التزويجِ) دَعَتْ إلى كُفْءٍ تَحْصينًا لها، وحُصولُ الغرَضِ بتزويجِ السُّلْطانِ لا يُنْظَرُ إليه لأنّ فيه مَشقةً وهَتْكًا على أنّ تعدُّدَ الأولياءِ لا يمنعُ التَّعَيُّنَ على مَنْ سُئِلَ منهم كما قال (فإنْ لم يَتعيَّنْ كإخوةٍ) أشِقّاءَ أو لأبٍ (فسألَتْ بعضَهم) أنْ يُزَوِّجَها (لَزِمَه الإجابةُ في الأصحِّ) لِئَلّا يُؤَدّيَ إلى التّواكلِ كشاهِدَين معهما غيرُهما طُلِبَ منهما الأداءُ فإن امتنع الكلُّ زَوَّجَ السُّلْطانُ بالعضْلِ (وإذا اجتمع أولياءُ) من النّسَبِ (في دَرَجةٍ) ورُتْبةٍ واحدةٍ كإخوةٍ أشِقّاءَ وقد أذِنَتْ لِكلٍّ أو قالتْ: أذِنْت لِمَنْ شاءَ منكُم أو من مَناصيبِ الشرعِ أو لأحَدِهم في تزويجي من فُلانٍ أو رَضيتُ. أنْ أُزَوَّجَ أو رَضيتُ فُلانًا زوجًا وتعيينُها لأحَدِهم بعدُ ليس عَزْلاً لِباقيهم (استُحِبَّ أنْ يُزَوِّجَها أفقَهُهم) ببابِ النّكاحِ وأورَعُهم (وأسَنُّهم برِضاهم) أي باقيهم لأنّ الأفْقَهَ أعلمُ بشُروطِ العقدِ والأورَعَ أبعَدُ عن الشُّبْهةِ والأسَنّ أخبَرُ بالأكفاءِ واحتيجَ لِرِضاهم لأنه أجمَعُ للمَصْلَحةِ فإنْ تعارَضَت الصِّفاتُ قُدِّمَ الأفْقَه فالأورَعُ فالأسَنُّ ولو زَوَّجَ المفضولُ صَحَّ أمّا لو أذِنَتْ لأحَدِهم فلا يُزَوِّجُ غيرُه إلا وكالةً عنه وأمّا لو قالتْ زَوِّجوني فإنّه يُشْتَرَطُ اجتماعُهم وخرج بأولياءِ النّسَبِ المُعتقون فيُشْتَرَطُ اجتماعُهم أو توكيلُهم نعم، عصبةُ المُعتقِ كأولياءِ النّسَبِ فيكفي أحدُهم فإنْ تعدَّدَ المُعتقُ اشتُرِطَ واحدٌ من عصبةِ كلٍّ (فإنْ تَشاحّوا) فقال كلُّ واحدٍ منهم: أنا الذي أُزَوِّجُ واتَّحَدَ الخاطِبُ (أُقْرِعَ) ولو من غيرِ الإمامِ ونائِبِه بينهم وجوبًا قطعًا لِلنّزاعِ فمَنْ قُرِعَ منهم زَوَّجَ ولا تنتقِلُ الوِلايةُ للحاكِمِ، وخبرُ «فإنْ تَشاجَروا فالسُّلْطانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له» محمولٌ على العضْلِ فإنْ تعدَّدَ فمَنْ

فلو زَوَّجَ غيرُ مَنْ خرجتْ قُرْعَتُه وقد أذِنَتْ لِكلٍّ منهم صَحَّ في الأَصَحِّ، ولو زَوَّجَها أحَدُهم زَيْدًا وآخرُ عَمرًا، فإنْ عُرِفَ السّابِقُ فهو الصّحيحُ، وإنْ وقَعا مَعًا أو جُهِلَ السَّبْقُ والمعيّةُ فَباطِلانِ، وكذا لو عُرِفَ سَبْقُ أحَدِهما ولم يَتَعَيَّنْ على المذْهَبِ، ....

ترضاه فإنْ رَضيَت الكلَّ أمَرَ الحاكِمُ بالتزويجِ من أصلَحِهم وظاهرُ ما تقرّر أنّ هذا خاصٌّ بتَشاحٍّ غيرِ الحُكّامِ فلو أذِنَتْ لِكلٍّ من حُكّامِ بَلَدِها فتَشاحّوا فلا إقراعَ كما بحثه الزّركشيُّ إذْ لا حَظَّ لهم بخلافِ الأولياءِ بل مَنْ سبَقَ منهم بالتزويجِ اعْتُدَّ به أي فإنْ أمسَكوا رُجِعَ إلى موَلّيهم فيما يظهرُ وله احتمالٌ أنّا إنْ قُلْنا تزويجُ الحاكِمِ بالوِلايةِ أُقْرِعَ أو بالنّيابةِ فلا كالوُكلاءِ أي عن شَخْصٍ واحدٍ ا هـ ومَرَّ أنّه بنيابةٍ اقتضتْها الوِلايةُ وعليه فلا يأتي هذا الاحتمالُ (فلو زَوَّجَ غيرُ مَنْ خرجتْ قُرْعَتُه وقد أذِنَتْ لِكلٍّ منهم) كُرِهَ إنْ كان القارِعُ الإمامَ أو نائبَه و (صَحَّ) النّكاحُ (في الأصحِّ) لأنّ القُرعةَ قاطِعةٌ لِلنّزاعِ لا سالِبةٌ للوِلايةِ ولو بادَرَ قبلَ القُرعةِ صَحَّ قطعًا ولا كراهةَ.

(تنبيهٌ): ظاهرُ هذا الصّنيعِ أنّ الكراهةَ إنّما هي لِجَرَيانِ وجهٍ بالبُطْلانِ، وعدمُها لِعدمِ جَرَيانِه وحينئذٍ فلا يُنافي هذا ما مَرَّ من وجوبِ القُرعةِ لأنّ ذاكَ إنّما هو من حيثُ قطعُ النّزاعِ وعدمُه لكن في الجمعِ بين وجوبِها وعدمِ تَوَقُّفِها على الإمامِ ونائبِه نَظَرٌ إذْ لا يصلحُ الإجبارُ عليها إلا منه ويُجابُ بحملِ عدمِ تَوَقُّفِها عليه على ما إذا اتّفقوا على فعلِها وإلا فالوجه رَفْعُ الخاطِبِ الأمرَ إليه لِيُلْزِمَهم بها.

(ولو زَوَّجَها أحدُهم) أي الأولياءِ وقد أذِنَتْ لِكلٍّ منهم (زَيدًا وآخرَ عمرًا) أو وكَّلَ الوليُّ فزَوَّجَ هو ووَكيلُه أو وكَّلَ وكيلينِ فزَوَّجَ كلٌّ والزوجانِ كُفْؤانِ أو أسقَطوا الكفاءةَ وإلا بَطلا مُطْلَقًا إلا إنْ كان أحدُهما كُفُؤًا أو مُعَيَّنًا في إذْنِها فنِكاحُه الصّحيحُ وإنْ تأخّرَ (فإنْ) سبَقَ أحدُ العقدَين و(عُرِفَ السّابِقُ منهما) ببَيِّنةٍ أو تَصادُقٍ مُعتَبَرٍ ولم يُنْسَ (فهو الصّحيحُ) والآخرُ باطِلٌ وإنْ دخل المسبوقُ بها للخبرِ الصّحيحِ «أيُّما امرأةٍ زَوَّجها وليّانِ فهي للأوّلِ منهما»[1] (وإنْ وقَعا مَعًا) فباطِلانِ وهو واضِحٌ (أو جُهِلَ السّبْقُ والمعيّةُ فباطِلانِ) لِتعذُّرِ الإمضاءِ والأصلُ في الأبضاعِ الحرمةُ حتى يتحقّقَ السّببُ المُبيحُ نعم، يُسَنُّ للحاكِمِ أنْ يقولَ: إنْ كان قد سبَقَ أحدُهما فقد حَكَمْتُ ببُطْلانِه لِتَحِلَّ يقينًا وتَثْبُتُ له هذه الوِلايةُ للحاجةِ. (وكذا) يَبْطُلانِ (لو عُلِمَ سبقُ أحدِهما ولم يَتعيَّنْ) وأُيِسَ من تعيُّنِه (على المذهبِ) لِما ذُكِرَ ومُجَرَّدُ العلمِ بالسّبْقِ لا يُفيدُ وإنّما تُوُقِّفَ في نظيرِه من الجُمُعَتَين فلم يُحْكم ببُطْلانِهما لأنّ الصّلاةَ إذا تَمَّتْ صحيحةً لا يَطْرَأُ عليها مُبْطِلٌ لها ولا كذلك العقدُ لأنّه يُفْسَخُ بأسبابٍ ولأنّ المدارَ ثَمَّ على علمِ اللّه تعالى وهو يعلَمُ السّابِقة بخلافِه هنا، ويُسَنُّ للحاكِمِ هنا أيضًا نظيرُ ما مَرَّ فيقولُ فَسَخْتُ

---

(١) [ضعيف] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٢٠٨٨]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ١١١٠]، والنسائي في (سننه) [رقم/ ٤٦٨٢]، وغيرهم من حديث: سمرة بن جندب ﵁.

قلتُ: حديث ضعيف. ينظر: (إرواء الغليل) للألباني [رقم/ ١٨٥٣].

ولو سَبَقَ مُعَيَّنٌ ثم اشْتَبَهَ وجَبَ التَّوَقُّفُ حتّى يَتَبَيَّنَ، فإن ادَّعَى كُلُّ زَوْجٍ عِلْمَها بسَبْقِه سُمِعَتْ دَعْواهما بناءً على الجديدِ، وهو قَبولُ إقْرارِها بالنِّكاحِ، ....

السّابِقَ منهما ثمّ الحكمُ ببُطْلانِهِما إنّما هو في الظّاهرِ حتى لو تعيَّنَ السّابِقُ بعدُ فهو الزوجُ ومَحَلُّه إنْ لم يَجْرِ من الحاكِمِ فسخٌ وإلا انفسَخَ باطِنًا أيضًا حتى لو تعيَّنَ السّابِقُ فلا زوجيّةَ أمّا إذا لم يقعْ يأسٌ من تعيُّنِ السّابِقِ فيجبُ التّوَقُّفُ إلى تعيُّنِه (ولو سبَقَ مُعَيَّنٌ ثمّ اشتَبَهَ) لِنِسيانِه (وجَبَ التّوَقُّفُ حتى يتبَيَّنَ) لِتَحقُّقِ صحّةِ العقدِ فلا يرتَفِعُ إلا بيقينٍ فيَمْتَنِعانِ عنها ولا تنكِحُ غيرَهما وإنْ طالَ عليها الأمرُ كزوجةِ المفقودِ حتى يُطَلِّقاها أو يَموتا أو يُطَلِّقَ واحدٌ ويَموتَ الآخرُ نعم، بحث الزّركشيُّ كالبُلْقينيِّ أنّها عندَ اليأسِ من التّبيُّنِ - أي ويظهرُ اعتبارُ العُرْفِ فيه - تَطْلُبُ الفسخَ من الحاكِمِ ويُجيبُها إليه لِلضَّرورةِ وكالفسخِ بالعيْبِ وأولى، ولا يُطالَبُ واحدٌ منهما بمهرٍ وصَحَّحَ الإمامُ أنّ النَّفَقة حالةَ التّوَقُّفِ كذلك لِتعذُّرِ الاستمتاعِ وقَطَعَ ابنُ كجٍّ والدّارِميُّ وصَحَّحَه الخوارِزْميُّ واقتضى كلامُ الرّافِعيِّ ترجيحَه وهو الأوجَه أنّها عليهما نصفَين بحسبِ حالِهِما لِحَبْسِهِما لها ثمّ يرجِعُ المسبوقُ على السّابِقِ وقيلَ عليها ثمّ هي عليه ويُتَّجَه أنّه لا بُدَّ في الرُّجوعِ من إذْنِ حاكِمٍ وجَدٍّ، وإلا فالإشهادُ على نيّةِ الرُّجوعِ كما في هَرَبِ الجمّالِ ونحوِه فإنْ قُلْت: يُفَرَّقُ بأنّ هنا إيجابَ الشرعِ فلْيُغْنِ عن ذلك قُلْت وفي بعضِ تلك النّظائِرِ إيجابُه أيضًا ولم يُغْنِ عنه ويوَجَّه بأنّه إيجابٌ مُتعلِّقٌ بأمرٍ مُشْتَبَهٍ بانَ خلافُه فلم يُكْتَفَ به وحدَه ولو مات أحدُهما وُقِفَ إرْثُ زوجةٍ أو هي فإرثُ زوجٍ.

(تنبيهٌ): ظاهرُ عبارةِ المتنِ وكذا أصلُ الروضةِ هنا استمرارُ الوقفِ وهو مُشْكِلٌ لِمَزيدِ تَضَرُّرِها به فلِذا بحث ذانِك ما ذُكِرَ وكأنّهما لم يستَحْضِرا قولَ أصلِ الروضةِ في مَوانِعِ النّكاحِ وإنْ طلبت الفسخَ لِلاشتباه فُسِخَ كما في إنْكاحِ الوليَّين اهـ فهو صريحٌ كما ترى في أنّ لها طلبَ الفسخِ هنا لِلضَّرورةِ أي لِتَضَرُّرِها بسببِ التّوَقُّفِ وفي أنّه لا فرقَ في إجابَتِها لِذلك بين اليأسِ وعدمِه ولا بين أنْ تَلْزَمَها نفقتُها مُدّةَ التّوَقُّفِ وأنْ لا والحقُّ أنّ ما هنا والبحثَ المُفَرَّعَ عليه أقوى مُدْرَكًا إذْ إجابَتُها بمُجَرَّدِ الاشتباه مع إيجابِ نفقتِها بَعيدٌ جِدًّا فتأمّلْه.

(فإن ادَّعَى كلُّ زوجٍ) عليها (علمَها بسَبْقِه) أي بسَبْقِ نِكاحِه على التعيينِ وإلا لم تُسمع الدعوى (سُمِعَتْ دعواهما) كدعوَى أحدِهِما إن انفرَدَ (بناءً على الجديدِ) الأصحِّ كما مَرَّ (وهو قبولُ إقرارِها بالنّكاحِ) لأنّ لها حينئذٍ فائِدةً وتُسمَعُ أيضًا على وليِّها إنْ كان مُجْبِرًا لِقَبولِ إقرارِه به أيضًا لا دعوَى أحدِهِما أو كلٍّ منهما على الآخرِ أنّه السّابِقُ ولو لِلتَّحْليفِ لأنّ الزوجةَ من حيثُ هي زوجةٌ ولو أمةً لا تَدْخُلُ تحتَ اليدِ وتُسمَعُ دعوَى النّكاحِ في غيرِ هذه الصّورةِ على المُجْبِرِ في الصّغيرةِ فإنْ أقَرَّ فذاك وإنْ أنكر حُلِّفَ فإنْ نكلَ حُلِّفَ الزوجُ وأخذَها، والكبيرةُ لَكِنّ لِلزوجِ بعدَ تَحْليفِه تَحْليفَها إنْ أنكرتْ ولا تُسمَعُ دعواه على وليِّ ثَيِّبٍ صَغيرةٍ وإنْ قال نَكَحْتُها بكْرًا لأنّه الآنَ لا يملكُ إنْشاءَه فلا يُقْبَلُ إقرارُه به عليه قاله البغَويّ ويُؤْخَذُ من تعليلِه صحّةُ حملِ الغزّيِّ له على ما إذا لم يكن له بَيِّنةٌ بما ادَّعاه

فإنْ أنكرَتْ حُلِّفَتْ، وإنْ أقَرَّتْ لأحَدِهما ثبَتَ نِكاحُه وسَماعُ دَعْوَى الآخَرِ. وتَحْليفُها له يَنْبَني على القوْلَيْنِ فيمَنْ قال: هذا لِزَيْدٍ بل لِعَمرٍو هَلْ يَغْرَمُ لِعَمرٍو إنْ قُلْنا نَعَم، فَنَعَم. ولو تَوَلَّى طَرَفَيْ عَقْدٍ في تَزْويجِ بنْتِ ابنِه بابنِ ابنِه الآخَرِ صَحَّ في الأَصَحِّ.

(فإنْ) أقَرَّتْ لهما فكعدمِه أو (أو أنكرتْ حُلِّفت) هي أو أنكر وليُّها المُجْبِرُ حُلِّفَ وإنْ كانت رَشيدةً على نفيِ العلمِ بالسَّبْقِ لِتَوَجُّه اليمينِ عليهما بسببِ فعلِ غيرِهما لِكلٍّ واحدٍ منهما يَمينًا انفَرَدا أو اجتَمَعا وإنْ رَضيا بيَمينٍ واحدةٍ وسُكوتُ الشيخينِ هنا على ما يُخالِفُ ذلك للعلم بضَعْفِه مِمّا قرَّراه في الدَّعاوَى وغيرِها وإذا حُلِّفت لهما بَقيَ التَّداعي والتَّحالُفُ بينهما والمُمْتَنِعُ إنّما هو ابتداءُ التَّداعي والتَّحالُفِ بينهما من غيرِ رَبْطِ الدعوى بها فمَنْ حَلَفَ فالنّكاحُ له كذا نَقَلاه عن الإمامِ والغزاليِّ وأقَرّاه واعتَرَضا بأنّ المنصوصَ وعليه الأكثرون أنّهما لا يتحالَفانِ مُطْلَقًا قال جمعٌ: فيبقى الإشكالُ وقال ابنُ الرِّفعةِ بل يَبْطُلُ النّكاحانِ بحَلِفِها قال الأذرَعيُّ وهو المذهبُ وعن النّصِّ أنّه لو امتنع حَلِفُها لِنحوِ خَرَسٍ أي مع عدمِ إشارةٍ مُفْهِمةٍ أو عَتَهٍ أو صِبًا فُسِخا أيضًا وهو مُحْتَمَلٌ إلا في صِباها لأنّه إنْ كان لها مُجْبِرٌ فقد مَرَّ وإلاّ فانتظارُ بُلوغِها سهلٌ لا يَسوغُ بمثلِه الفسخُ (وإنْ أقرَّتْ لأحَدِهما) على التعيينِ بالسَّبْقِ وهي مِمَّنْ يصحُّ إقرارُها (ثَبَتَ نِكاحُه) بإقرارِها (وسَماعُ دعوى الآخرِ وتَحْليفُها) مَصْدَرٌ مُضافٌ للمفعولِ (له) أي لأجلِه أنّها لا تعلَمُ سبقَ نِكاحِه (يُبنَى) أي السّماعُ وأفْرَدَه لأنّ التحليفَ تابعٌ له (على القولينِ) السّابِقَين في الإقرارِ (فيمَنْ قال هذا لِزَيْدٍ بل لِعمرٍو هل يَغْرَمُ لِعمرٍو) بَدَلَه (إنْ قُلْنا نعم،) وهو الأظهرُ (فنَعَم) تُسمَعُ الدعوى وله تَحْليفُها رَجاءَ أنْ تُقِرَّ أو تنكلَ فيحلِفَ ويُغَرِّمَها مهرَ مثلِها لأنّها حالَتْ بينه وبين بُضْعِها بإقرارِها الأوّلِ الدّالِّ على عدمِ صِدْقِها فيه بإقرارِها الثاني أو امتناعِها من اليمينِ وما أفْهَمَه ما تقرّر أنّ إقرارَها له لا يُفيدُه زوجيّةً مَحَلُّه ما لم يَمُت الأوّلُ وإلا صارتْ زوجةً لِلثّاني ويظهرُ أنّ طلاقَه البائِنَ كموته ويُحْتَمَلُ الفرقُ وخرج بقولِه «علمَها بسَبْقِه» ما لو لم يَتعرَّضا لِلسَّبْقِ لا لِعلمِها به بأن ادَّعَى كلٌّ زوجيَّتَها وفَصَّلَ فتَحْلِفُ بَتًّا لِكلٍّ أنّها ليستْ زوجَتَه فإنْ كانت الدعوى على المُجْبِرِ حَلَفَ بَتًّا أيضًا وإنْ حَلَفت فإنْ نَكلَتْ حَلَفَ المُدَّعي منهما أوّلاً وثَبَتَ نِكاحُه كما لو أقَرَّتْ له وإنْ حَلَفَ الوليُّ.

(ولو تَوَلَّى جَدٌّ طَرَفَيْ عقدٍ في تزويجِ بنت ابنِه) البِكْرِ أو المجنونةِ كذا اشترطَه المُصَنِّفُ وبه يُعْلَمُ اشتراطُ إجبارِه وبه صرّح العِراقيّون واعتمده ابنُ الرِّفعةِ فيَمْتَنِعُ ذلك في بنت الابنِ الثيِّبِ البالِغةِ العاقلةِ (بابنِ ابنِه الآخرِ) المحجورِ له والأبُ فيهما مَيِّتٌ أو ساقِطُ الوِلايةِ (صَحَّ في الأصحِّ) لِقوّةِ وِلايَته وشَفَقَته دون سائرِ الأولياءِ وكالبيعِ فيجبُ عليه الإتيانُ بالإيجابِ والقبولِ كزَوَّجْتُها وقَبِلْتُ نِكاحَها له بالواوِ فلا يَجوزُ حَذْفُها كما قاله صاحِبُ الاستقصاءِ وابنُ معنٍ واقتضاه كلامُ غيرِهما خلافًا لِمَنْ نازع فيه إذِ الجُمَلُ المُتَناسِبةُ الغرَضِ من مُتَكلِّمٍ واحدٍ لا بُدَّ لها من عاطِفٍ جامِعٍ يَدُلُّ على كمالِ اتِّصالِها وإلا لَكان الكلامُ معها مُفْلَتًا غيرَ مُلْتَئِمٍ ولا يتولاّهما غيرُ الجدِّ حتى وكيلُه بخلافِ وكيليه أو وكيلِه

وَلا يُزَوِّجُ ابنُ العمِّ نفسَه بل يُزَوِّجُه ابنُ عَمٍّ في دَرَجَتِه، فإنْ فُقِدَ فالقاضي، فلو أرادَ القاضي، نِكاحَ مَنْ لا وليَّ لَها زَوَّجَه مَنْ فَوْقَه مِن الوُلاةِ أو خَليفَتُه. وكما لا يَجوزُ لِواحِدٍ تَوَلِّي الطَّرَفَيْنِ لا يَجوزُ أنْ يوَكِّلَ وكيلاً في أحَدِهما أو وكيلَيْنِ فيهما في الأصَحِّ.

فَصْلٌ

زَوَّجَها الوليُّ غيرَ كُفْءٍ بِرضاها أو بعضَ الأولياءِ المُسْتَوِينَ بِرضاها ورِضا الباقينَ صَحَّ،

وهو وحتى الحاكِمُ في تزويجِ مجنونةٍ بمجنونٍ وبحث البُلْقينيُّ في عَمٍّ يُريدُ أنْ يُزَوِّجَ بنتَ أخيه بابنِه الصَّغيرِ أنّ الحاكِمَ يُزَوِّجُها منه لِوَلَدِه لأنّ إرادَتَه القبولَ لِوَلَدِه صَيَّرَته كوَليٍّ يُريدُ أنْ يتزَوَّجَ مولِّيته فيُزَوِّجُه الحاكِمُ، (ولا يُزَوِّجُ ابنُ العمِّ) مثلاً إذْ مثلُه في ذلك المُعتِقُ وعصبتُه (نفسَه) من موَلِّيَته التي لا وليَّ لها أقرَبُ منه لإتهامِه في أمرِ نفسِه ولأنّه ليس كالجدِّ (بل يُزَوِّجُه ابنُ عَمٍّ في دَرَجَته) لاشتراكِه معه في الوِلايةِ لا أبعَدُ منه لِحَجْبه به (فإنْ فُقِدَ) مَنْ في دَرَجَته (فقاضٍ) لِبَلَدِها يُزَوِّجُها منه بالوِلايةِ العامّةِ كفَقْدِ وليِّها وفي قولِها له: زَوِّجْني من نفسِك يَجوزُ للقاضي أنْ يُزَوِّجَها له بهذا الإذْنِ إذْ معناه فوِّضْ أمري إلى مَنْ يُزَوِّجُك إيّايَ بخلافِ زَوِّجْني فقط أو بمَنْ شِئْت لأنّ المفهومَ منه تزويجُها بأجنَبيٍّ (فلو أرادَ القاضي نِكاحَ مَنْ لا وليَّ لها) غيرُه لِنفسِه أو لِمحجورِه (زَوَّجَه مَنْ) هي في عَمَلِه سواءٌ مَنْ (فوقَه من الوُلاةِ) ومَنْ هو مثلُه (أو خَليفَتُه) لأنّ حكمَه نافِذٌ عليه وإنْ أرادَه الإمامُ الأعظَمُ زَوَّجَه خَليفَتُه (وكما لا يَجوزُ لِواحِدٍ تَوَلِّي الطَّرَفَين) غيرِ الجدِّ كما مَرَّ (لا يَجوزُ أنْ يوَكِّلَ وكيلاً في أحدِهما) ويتوَلَّى هو الآخرَ (أو وكيلينِ فيهما) أي واحِدٍ في الإيجابِ وواحِدٍ في القبولِ (في الأصَحِّ) لأنّ فعلَ وكيلِه كفعلِه بخلافِ القاضي وخَليفَته فإنّ تَصَرُّفَهما بالوِلايةِ العامّةِ.

فصل في الكفاءةِ

وهي مُعتَبَرةٌ في النّكاحِ لا لِصِحّته مُطْلَقًا بل حيثُ لا رِضا من المرأةِ وحدَها في جَبٍّ ولا عُنّةٍ ومع وليِّها الأقرَبِ فقط فيما عداهما.

(زَوَّجَها الوليُّ) المُنْفَرِدُ كأبٍ أو أخٍ مسلمًا أو ذِمّيًّا في ذِمّيّةٍ كما يأتي في نِكاحِ المُشْرِكِ من جُمْلةِ ضابِطٍ ذكَرْته أخذًا من أطرافِ كلامِهم فراجِعْه فإنّه مُهِمٌّ (غيرَ كُفْؤٍ بِرضاها أو) زَوَّجَها (بعضُ الأولياءِ) ولو (المُستَوين) في دَرَجةٍ واحدةٍ كإخوةٍ غيرَ كُفْؤٍ (بِرضاها) ولو سفيهةً وإنْ سكتَت البِكْرُ بعدَ استئذانِها فيه مُعَيَّنًا أو بوَصْفِ كونِه غيرَ كُفْؤٍ (ورِضا الباقين) صريحًا (صَحَّ) التزويجُ مع الكراهةِ وإنْ نَظَرَ فيها وقال ابنُ عبدِ السّلام: يُكْرَه كراهةً شَديدةً من فاسِقٍ إلا لِريبةٍ وذلك لأنّ الكفاءةَ حَقُّها وحَقُّهم وقد رَضوا به بإسقاطِها ولأنّه ﷺ «أمَرَ فاطِمةَ بنتَ قيسٍ وهي قُرَشيّةٌ بِنِكاحِ أُسامةَ حِبِّه وهو مولًى وزَوَّجَ أبو حُذَيْفةَ سالِمًا مولاه بنتَ أخيه الوليدِ بنِ عُتْبةَ» مُتَّفَقٌ عليهما والجمهورُ أنّ مَوالي قُرَيْشٍ ليسوا أكفاءً لهم وزَوَّجَ ﷺ بناته من غيرِ أكفاءٍ وإنْ جازَ أنْ يكون لأجلِ ضَرورةٍ بَقاءِ نَسلِهِنّ كما زَوَّجَ

ولو زَوَّجَها الأَقْرَبُ بِرِضاها فَليس للأَبْعَدِ اعْتِراضٌ، ولو زَوَّجَها أَحَدُهم به بِرِضاها دونَ رِضاهم لم يَصِحَّ، وفي قولٍ يَصِحُّ، ولهم الفسْخُ، ويَجْرِي القَوْلانِ في تَزْوِيجِ الأَبِ بِكْرًا صَغيرةً أو بالِغةً غيرَ كُفْءٍ بغيرِ رِضاها فَفي الأَظْهَرِ باطِلٌ، وفي الآخَرِ يَصِحُّ، وللبالِغةِ الخيارُ، ولِلصَّغيرةِ إذا بلَغَتْ، ....

آدَم بَناته من بَنيه لِذلك تنزيلاً لِتَغايُرِ الحملينِ منزلةَ تَغايُرِ النّسبين وخرج بقولِه المُستَوين الأبعَدُ فإنّه وإنْ كان وليًّا - وتقديمُ غيرِه عليه لا يسلُبُ كونَه وليًّا خلافًا لِمَنْ زعمَه - لا حَقَّ له فيها كما قال.

(ولو زَوَّجَها الأقرَبُ) غيرَ كُفُؤٍ (بِرضاها فليس للأبعَدِ اعتراضٌ) إذْ لا حَقَّ له الآنَ في الوِلايةِ ولا نَظَرَ إلى تَضَرُّرِه بلُحوقِ العارِ لِنَسَبه لأنّ القرابةَ يَكثُرُ انتشارُها فيَشُقُّ اعتبارُ رِضا الكلِّ ولا ضابِطَ لِدونِه فيتقَيَّدُ الأمرُ بالأقرَبِ ولا يَرِدُ عليه ما لو كان الأقرَبُ نحوَ صَغيرٍ أو مجنونٍ فإنّ المعتبَرَ حينئذٍ رِضا الأبعَدِ لأنّه الوليُّ والأقرَبُ كالعدمِ (ولو زَوَّجَها أحدُهم) أي المُستَوين (به) أي غيرِ الكُفُؤِ لِغيرِ جَبٍّ أو عُنّةٍ (بِرضاها دون رِضاهم) أي الباقين ولم يرضَوْا به أوّلَ مَرّةٍ (لم يصحّ) وإنْ جَهِلَ العاقِدُ عدمَ كفاءَته لأنّ الحقَّ لِجميعِهم.

(وفي قولٍ يصحُّ ولَهم الفسخُ) لأنّ النّقْصَ يقتضي الخيارَ فقط كعَيْبِ المبيعِ ويُجابُ بوُضوحِ الفرقِ أمّا المجبوبُ أو العِنّينُ فيكفي رِضاها وحدَها به لأنّ الحقَّ فيه لها فقط وأمّا إذا رَضوا به أوّلاً ثمّ بانَتْ ثمّ زَوَّجَها أحدُهم به برِضاها فقط فيصحُّ على مقتضى كلامِ الروضةِ وجزم به بعضُ مختَصِريها والذي يُتَّجه وِفاقا لِصاحِبِ الكافي وجزم به صاحِبُ الأنوارِ مُقابِلُه لأنّ هذه عِصمةٌ جَديدةٌ ومِمّا يُصَرِّحُ به ما يأتي قريبًا أنّ السَّيِّدَ لا يُحتاجُ لإذْنِه في الرّجعةِ بخلافِ إعادةِ البائِنِ. (ويَجْري القولانِ في تزويجِ الأبِ) وإنْ عَلا (بكرًا صَغيرةً أو) تزويجِ الأبِ أو غيرِه (بالِغةً غيرَ كُفُؤٍ بغيرِ رِضاها) أي البالِغةِ المُجْبَرةِ بالنّكاحِ وغيرِها بعدمِ الكُفُؤِ بأنْ أذِنَتْ لِوَلِيِّها في تزويجِها من غيرِ تعيينِ زوجٍ (ففي الأظهرِ) التزويجُ (باطِلٌ) لأنّه على خلافِ الغِبْطةِ.

(وفي الآخرِ يصحُّ وللبالِغةِ الخيارُ) حالاً (ولِلصَّغيرةِ) الخيارُ (إذا بَلَغَتْ) لِما مَرَّ أنّ النّقْصَ إنّما يقتضي الخيارَ وقيلَ لا خيارَ وسيأتي في بابِ الخيارِ ما يُعْلَمُ منه أنّه حيثُ كان هناك إذْنٌ في مُعَيَّنٍ منها أو من الأولياءِ كفَى ذلك في صحّةِ النّكاحِ وإنْ كان غيرَ كُفُؤٍ ثمّ قد يَثبُتُ الخيارُ وقد لا، والحاصِلُ أنّه متى ظُنَّتْ كفاءَتُه فلا خيارَ إلا إنْ بانَ مَعيبًا أو رَقيقًا وهذا محمَلُ قولِ البغَويّ لو أطلقت الإذْنَ لِوَلِيِّها أي في مُعَيَّنٍ فبانَ الزوجُ غيرَ كُفُؤٍ تَخَيَّرَتْ. ولو زَوَّجَها المُجْبِرُ بغيرِ الكُفُؤِ ثمّ ادَّعى صِغَرَها المُمْكِنَ صُدِّقَ بيَمينِه وبانَ بُطْلانُ النّكاحِ وإنّما لم يكن القولُ قولَ الزوجِ لأنّه يَدَّعي الصّحّةَ لأنّ الأصلَ استصْحابُ الصِّغَرِ حتى يَثبُتَ خلافُه ولأنّه لا بُدَّ من تَحَقُّقِ انتفاءِ المانِعِ ولا تُؤَثِّرُ مُباشَرةُ الوليِّ للعقدِ الفاسِدِ في تصديقِه لأنّ الحقَّ لِغيرِه مع عدمِ انعِزالِه عن الوِلايةِ بذلك لأنّها صَغيرةٌ وكذا تُصَدَّقُ الزوجةُ إذا بَلَغَتْ ثمّ ادَّعَتْ صِغَرَها حالَ عقدِ المُجْبِرِ عليها بغيرِ الكُفُؤِ.

ولو طَلَبَتْ مَنْ لا وليَّ لَها أنْ يُزَوِّجَها السُّلْطانُ بغيرِ كُفْءٍ فَفَعَلَ لم يَصِحَّ في الأَصَحِّ.
وَخِصالُ الكفاءةِ: ....

قال القاضي: لو زَوَّجَ الحاكِمُ امرأةً ظانًّا بُلوغَها ثمّ مات الزوجُ فادَّعى وارِثُه صِغَرَها عندَ العقدِ حتى لا تَرِثَ وأنكرتْ صُدِّقَ بيَمينِه كما لو ادَّعى البائِعُ صِغَرَه عندَ العقدِ وأمكنَ (ولو طلبتْ مَنْ لا وليَّ لها) غيرُ القاضي لِعدمِ غيرِه أو لِفَقْدِ شرطِه (أنْ يُزَوِّجَها السُّلْطانُ) الشّامِلُ حيثُ أُطْلِقَ للقاضي ونائِبه ولو في مُعَيَّنٍ كما مَرَّ (بغيرِ كُفُؤٍ ففعلَ لم يصحَّ) التزويجُ من غيرِ مجبوبٍ وعِنّينٍ (في الأصحِّ) لِما فيه من تركِ الاحتياطِ مِمَّنْ هو كالنّائِبِ عن الوليِّ الخاصِّ بل وعن المسلمين ولَهم حَظٌّ في الكفاءةِ وقال كثيرون أو الأكثرون يصحُّ وأطالَ جمعٌ مُتأخِّرون في ترجيحِه وتزييفِ الأوّلِ وليس كما قالوا وخبرُ فاطِمةَ بنت قَيْسٍ السّابِقُ لا يُنافيه إذْ ليس فيه أنّه ﷺ زَوَّجَها أُسامةَ بل أشارَ عليها أو أمَرَها به ولا يُدْرى مَنْ زَوَّجَها فيَجوزُ أنْ يكون زَوَّجَها وليٌّ خاصٌّ برِضاها وخَصَّ جمعٌ ذلك بما إذا لم يكن تزويجُه لِنحوِ غَيْبةِ الوليِّ أو عَضْلِه أو إحرامِه وإلا لم يصحَّ قطعًا لِبَقاءِ حَقِّه ووِلايَته وعلى الأوّلِ لو طلبتْ ولم يُجِبْها القاضي فهل لها تَحْكيمُ عَدْلٍ ويُزَوِّجُها حينئذٍ منه لِلضَّرورةِ أو يَمْتَنِعُ عليه كالقاضي؟ مَحَلُّ نَظَرٍ ولَعَلَّ الأوّلَ أقرَبُ إنْ لم يكن في البلَدِ حاكِمٌ يَرى ذلك لِئَلّا يُؤَدِّيَ ذلك إلى فسادِها و لأنّه ليس كالنّائِبِ باعتبارَيْه السّابِقَين ثمّ رأيت جمعًا مُتأخِّرين بَحَثوا أنّها لو لم تَجِدْ كُفُؤًا وخافت العنتَ لَزِمَ القاضيَ إجابَتُها قولاً واحدًا لِلضَّرورةِ كما أُبيحَت الأمةُ لِخائِفِ العنت اهـ وهو مُتَّجِهٌ مُدْرَكًا والذي يُتَّجَه نَقْلاً ما ذكرْته أنّه إنْ كان في البلَدِ حاكِمٌ يَرى تزويجَها من غيرِ الكُفُؤِ تعيَّنَ فإنْ فُقِدَ ووَجَدَتْ عَدْلاً تُحَكِّمُه ويُزَوِّجُها تعيَّنَ فإنْ فُقِدا تعيَّنَ ما بحثه هَؤُلاءِ.

(وخِصالُ الكفاءةِ) أي الصِّفاتُ المعتبَرةُ فيها لِيُعْتَبَرَ مثلُها في الزوجِ خمسٌ والعبرةُ فيها بحالةِ العقدِ نعم، تركُ الحِرْفة الدّنيئةِ قبله لا يُؤَثِّرُ إلا إنْ مَضَتْ سنةٌ كذا أطلقَه غيرُ واحدٍ وهو ظاهرٌ إنْ تَلَبَّسَ بغيرِها بحيثُ زالَ عنه اسمُها ولم يُنْسَبْ إليها ألبَتّةَ وإلا فلا بُدَّ من مُضيِّ زَمَنٍ يقطَعُ نِسبَتَها عنه بحيثُ صار لا يُعَيَّرُ بها وهل تُعْتَبَرُ السّنةُ في الفاسِقِ إذا تابَ كالحِرْفة القياسُ نعم، ويُفَرَّقُ بينه وبين ما مَرَّ في الوليِّ بأنّ المدارَ ثَمَّ على عدمِ الفِسقِ وهنا على التَّعَيُّرِ به وهو لا ينتَفي إلا بمُضيِّ سنةٍ نظيرَ ما يأتي في الشّهادات فإنْ قُلْت لِمَ لم يأت فيه ثَقيلُ الحِرْفة المذكورُ قُلْت لأنّ عُرْفَ الشرعِ اطَّرَدَ فيه بزوالِ وصْمَته بعدَ السّنةِ لا في الحِرْفة فعمِلْنا فيها بالعُرْفِ العامِّ على القاعِدةِ فيما ليس لِلشَّرْعِ فيه عُرْفٌ ثمّ رأيت ابنَ العِمادِ والزّركشيَّ بَحَثا أنّ الفاسِقَ إذا تابَ لا يُكافِئُ العفيفة وينبغي حملُه على ما إذا لم تمضِ سنةٌ من توبَته وظاهرُ كلامِ بعضِهم اعتمادُ إطلاقِهما لكن بالنّسبةِ لِلزِّنا فإنّه أيَّدَه بالقياسِ على عدمِ عَوْدِ العِفة والحصانةِ بالتوبةِ وعلى رَدِّ قِنٍّ مَبيعٍ ثَبَتَ زِناه وإنْ تابَ منه لأنّ أثَرَ الزِّنا لا يَزولُ بالتوبةِ فقضيّةُ قياسِه تخصيصُ ذلك بالزِّنا لأنّه الذي لا تَزولُ وصْمةُ عارِه مُطْلَقًا وهو مُحْتَمَلٌ ثمّ رأيت ابنَ العِمادِ صرّح في موضِعٍ آخرَ بأنّ الزّانيَ المُحْصَنَ وإنْ تابَ وحَسُنَتْ توبَتُه لا يَعودُ كُفُؤًا كما لا تَعودُ

سَلامةٌ مِن العُيوبِ المُثْبِتةِ للخيارِ وحُرِّيّةٌ، فالرّقيقُ ليس كُفْئًا لِحُرّةٍ، والعتيقُ ليس كُفْئًا لِحُرّةٍ أصْليّةٍ، ونَسَبٌ، فالعجَميُّ ليس كُفْءَ عَرَبيّةٍ، ولا غيرُ قُرَشيٍّ قُرَشيّةً، ....

عِفَّتُه وبِما تقرّر من أنّ العبرةَ فيها بحالةِ العقدِ يَرُدُّ ما في تفقيه الرِّيميِّ عن بعضِهم أنّ طُروُّ الحِرْفة الدّنيئةِ يُثبِتُ لها الخيارَ قال وخالفه بعضُ المُتأخِّرين ولا وجهَ له وليس كما زعم بل هو الوجه وذلك هو الذي لا وجهَ له كما هو واضِحٌ لأنّ الخيارَ في رَفْعِ النّكاحِ بعدَ صِحّته لا يوجَدُ إلا بالأسبابِ الخمسةِ الآتيةِ في بابه وبِنحوِ العتقِ تحتَ رَقيقٍ وليس طُروُّ ذلك واحدًا من هذه ولا في معناه وأمّا قولُ الإسنويِّ ينبغي الخيارُ إذا تَجَدَّدَ الفِسقُ فرَدَّه الأذرَعيُّ وابنُ العِمادِ وغيرُهما بأنّه لا وجهَ له وهو كما قالوا خلافًا لِلزَّرْكشيِّ ووجه رَدِّه ما قرَّرْته من كلامِهم نعم، طُروُّ الرِّقِّ يُبْطِلُ النّكاحَ، وقولُ الإسنَويِّ يُتَخَيَّرُ به مَرْدودٌ بأنّه وهْمٌ.

أحدُها (سلامةٌ) لِلزوجِ وكذا لِآبائِه على أحدِ وجهَين الأوجَه مُقابِلُه: وزَعْمُ الأطِبّاءِ الأعداءِ في الولدِ لا يُعَوَّلُ عليه (من العُيوبِ المُثبِتةِ للخيارِ) فمَنْ به جُنونٌ أو جُذامٌ أو بَرَصٌ لا يُكافِئُ ولو مَنْ بها ذلك وإن اتَّحَدَ النّوْعُ وكان ما بها أقبَحَ لأنّ الإنسانَ يَعافُ من غيرِه ما لا يَعافُه من نفسِه أو جَبٌّ أو عُنّةٌ لا يُكافِئُ ولو رَتْقاءَ أو قرْناءَ ومَرَّ أنّ الوليَّ لا حَقَّ له في هذا بخلافِ الثلاثةِ الأوَلِ أمّا العُيوبُ التي لا تُثبِتُ الخيارَ فلا تُؤَثِّرُ كعَمًى وقَطْعِ أطرافٍ وتَشَوُّه صورةٍ خلافًا لِجمعٍ مُتقَدِّمين بل قال القاضي: يُؤَثِّرُ كلُّ ما يَكْسِرُ ثَوْرةَ التّوَقانِ والرّويانيُّ ليس الشيخُ كُفُوًّا لِلشّابّةِ واختيرَ وكلُّ ذلك ضعيفٌ لكن تنبَغي مُراعاتُه بخلافِ زَعْمِ قوْمٍ رِعايةَ البلَدِ فلا يُكافِئُ جَبَليٌّ بَلَديًّا فلا يُراعَى لأنّه ليس بشيءٍ كما في الروضةِ.

(و) ثانيها (حُرّيّةٌ فالرّقيقُ) أي مَنْ به رِقٌّ وإنْ قلَّ (ليس كُفُوًّا لِحُرّةٍ) ولو عَتيقة ولا لِمُبَعَّضةٍ لأنّها مع تعيُّرِها به تَتَضَرَّرُ بإنْفاقِه نفقةَ المُعْسِرين (والعتيقُ ليس كُفُوًّا لِحُرّةٍ أصليّةٍ) لِنَقْصِه عنها، وعُروضُ نحوِ امرأةٍ أو ملكٍ له لا ينفي عنه وصْمةَ الرِّقِّ فاندَفع ما أطالَ به السُّبكيُّ هنا من المُنازعةِ في ذلك وإنْ تَبِعَه البُلْقينيُّ وأطالَ أيضًا وكذا لا يُكافِئُ مَنْ عَتَقَ بنفسِه مَنْ عَتَقَ أبوها ولا مَنْ مَسَّ الرِّقُّ أحدَ آبائِه أو أبًا له أقربَ مَنْ لم يَمَسَّ أحدَ آبائِها أو مَسَّ لها أبًا أبعد ولا أثَرَ لِمَسِّه للأمِّ.

(و) ثالِثُها (نَسَبٌ) والعبرةُ فيه بالآباءِ كالإسلام فلا يُكافِئُ مَنْ أسلَمَ بنفسِه أو له أبوانِ في الإسلام مَنْ أسلَمت بأبيها أو مَنْ لها ثلاثةُ آباءٍ فيه وما لَزِمَ عليه من أنّ الصّحابيَّ ليس كُفُوَ بنت تابِعيٍّ صحيحٌ لا زَلَلَ فيه لِما يأتي أنّ بعضَ الخِصالِ لا يُقابَلُ ببعضٍ فاندَفع ما للأذرَعيِّ هنا واعتُبِرَ النّسَبُ في الآباءِ لأنّ العرَبَ تفتَخِرُ به فيهم دون الأُمّهات فمَنِ انتسبتْ لِمَنْ تَشَرَّفَ به لا يُكافِئُها مَنْ لم يكن كذلك وحينئذٍ (فالعجميُّ) أبًا وإنْ كانت أمّهُ عربيّةً (ليس كُفُوَ عربيّةٍ) وإنْ كانت أُمُّها عَجميّةً لأنّ اللّهَ تعالى اصطَفَى العرَبَ على غيرِهم ومَيَّزَهم عنهم بفضائِلَ جَمّةٍ كما صَحَّتْ به الأحاديثُ وقد ذكَرْتها وغيرَها في كِتابي مَبْلَغِ الأرَبِ في فضائِلِ العرَبِ. (ولا غيرُ قُرَشيٍّ) من العرَبِ (قُرَشيّةً) أي كُفُوَ قُرَشيّةٍ

ولا غيرُ هاشِميٍّ ومُطَّلِبيٍّ لهما، والأصَحُّ اعتِبارُ النّسَبِ في العجَمِ كالعرَبِ، وعِفّةٌ فَليس فاسِقٌ كُفْءَ عَفيفةٍ، ....

لأنّ اللّهَ تعالى اصطَفَى قُرَيْشًا من كِنانةَ المُصْطَفين من العرَبِ كما يأتي (ولا غيرُ هاشميٍّ ومُطّلِبيٍّ) كُفُؤًا (لهما) لِخبرِ مسلم «إنّ اللّهَ اصطَفَى من العرَبِ كِنانةَ واصطَفَى من كِنانةَ قُرَيْشًا واصطَفَى من قُرَيْشٍ بَني هاشِمٍ» وصَحَّ خبرُ: «نحن وبَنو المُطّلِبِ شيْءٌ واحدٌ»[1] فهما مُتَكافِئانِ نعم، أولادُ فاطِمةَ منهم لا يُكافِئُهم غيرُهم من بَقيّةِ بَني هاشِمٍ لأنّ من خَصائِصِه ﷺ أنّ أولادَ بَناته يُنْسَبون إليه في الكفاءةِ وغيرِها كما صرحوا به وبه يُرَدُّ علَى ما قال أنّهم أكفاءٌ لهم كما أطلقَه الأصحابُ ويُفَرَّقُ بين هذا واستواءِ قُرَيْشٍ كلِّهم بالنّسبةِ للإمامةِ العُظْمَى بأنّ المدارَ ثَمّ على طَيِّبِ المعدِنِ وهو عامٌّ فيهم وهنا على الشّرَفِ المقتضي لِلُّحوقِ عارٍ بنِكاحِ الغيرِ ولا شَكَّ أنّ بَني هاشِمٍ والمُطّلِبِ أشرَفُ من بَقيّةِ قُرَيْشٍ بذلك الاعتبارِ، وغيرُ قُرَيْشٍ من العرَبِ أكفاءٌ وكأنّهم إنّما لم يُقَدِّموا كِنانةَ مع ما مَرَّ فيهم لأنّ العرَبَ لا يَعُدّون لهم فخرًا مُتَمَيِّزًا على غيرِهم بحيثُ يَتعيَّرون لو نَكحَ غيرُهم نِساءَهم وبهذا يُفَرَّقُ بين ما هنا والتقديم في الدّيوانِ كما مَرَّ في قسمِ الفيْءِ لأنّ المدارَ ثَمَّ على مُطْلَقِ الشّرَفِ لا بهذا القيْدِ ومن ثَمَّ قُدِّمَ الكِنانيُّ في الإمامةِ على غيرِه بخلافِه هنا وقد يُتَصَوَّرُ تزويجُ هاشِميّةٍ برَقيقٍ ودَنيءِ نَسَبٍ بأنْ يتزوَّجَ هاشِميٌّ أمةً بشرطِه فتَلِدَ بنتًا فهي ملكٌ لِمالِكِ أُمِّها فيُزَوِّجها من رَقيقٍ ودَنيءِ نَسَبٍ لأنّ وصْمةَ الرِّقِّ الثابِت من غيرِ شَكٍّ ألغَت اعتبارَ كلِّ كمالٍ معه مع كونِ الحقِّ في الكفاءةِ في النّسَبِ لِسيِّدِها لا لها على ما جَزَمَ به شيخُنا حتى لا يُنافيَه قولُهما في تزويجِ أمةٍ عربيّةٍ بحُرٍّ عَجميٍّ «الخلافُ في مُقابَلةِ بعضِ الخِصالِ ببعضٍ» الظّاهرُ في امتناعِ نِكاحِها وصَوَّبَه الإسنَويُّ لأنّ مَحَلَّه فيما إذا زَوَّجَها غيرُ سيِّدِها كوَلِيِّه أو مأذونِه (الأصحُّ اعتبارُ النّسَبِ في العجَمِ كالعرَبِ) قياسًا عليهم فالفُرْسُ أفْضَلُ من النّبَطِ وبَنو إسرائيلَ أفْضَلُ من القِبْطِ لا عبرةَ بالانتسابِ لِلظَّلَمةِ بخلافِ الرُّؤَساءِ بإمرةٍ جائِزةٍ ونحوِها لأنّ أقَلَّ مَراتِبِها أنْ تكون كالحِرَفِ، وقولُ التّتمّةِ وللعَجَمِ في النّسَبِ عُرْفٌ فيُعْتَبَرُ يُحمَلُ على غيرِ ما ذكروه مِمّا مَرَّ كتقديمِ بَني إسرائيلَ وكذا ما قيسَ بذلك من اعتبارِ عُرْفِهم في الحِرَفِ أيضًا يَتعيَّنُ حملُه على غيرِ ما يأتي عنهم من أنّه رَفيعٌ أو دَنيءٌ وإلا لم يُعْتَبَرْ بعُرْفٍ لهم ولا لِغيرِهم خالف ما ذكرَه الأئِمّةُ لأنّهم أعلمُ بالعُرْفِ وهو بعدَ أنْ عَرَفوه وقَرَّروه لا نسخَ فيه .

(و) رابِعُها (عِفة) عن الفِسقِ فيه وفي آبائِه (فليس فاسِقٌ) ولو ذِمّيًّا فاسِقًا في دينِه أي على ما مَرَّ فيه أو مبتدعٌ هذه القولةُ ليستْ في نُسَخِ الشرحِ التي بأيدينا ا هـ من هامِشٍ ولا ابنُ أحدِهِما وإنْ سفَلَ (كُفُؤَ عَفيفة) أو سُنّيّةٍ ولا محجورٌ عليه كُفُؤَ رَشيدةٍ كما جَزَمَ به بعضُهم وذلك لقوله تعالى ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُۥنَ﴾ [السجدة:١٨] وغيرُ الفاسِقِ ولو مستورًا كُفُؤٌ لها وغيرُ مَشْهورٍ بالصّلاحِ كُفُؤٌ للمَشْهورةِ به وفاسِقٌ كُفُؤٌ لِفاسِقة مُطْلَقًا إلا إنْ زاد فِسقُه أو اختلف نَوْعُ فِسقِهِما كما بحثَه

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

وحِرْفةٌ فَصاحِبُ حِرْفةٍ دَنيئةٍ، ليس كُفْءَ أرفَعَ منه، فَكَنّاسٌ وحَجّامٌ وحارِسٌ وراعٍ وقَيِّمُ الحمّامِ ليس كُفْءَ بنْتِ خَيّاطٍ، ولا خَيّاطٌ بنْتَ تاجِرٍ أو بَزّازٍ، ولا هما بنْتَ عالِمٍ وقاضٍ.

الإسنَويُّ لكن نازعه الزّركشيُّ قال كما أنّهم لم يَفْصِلوا بعدَ الاشتراكِ في دَناءةِ الحِرْفة أو النّسَبِ ورُدَّ بظُهورِ الفرقِ ويَجْري ذلك في مبتدعٍ ومبتدعةٍ.

(و) خامِسُها (حِرْفة) فيه أو في أحدٍ من آبائِه وهي ما يتحَرَّفُ به لِطَلَبِ الرِّزْقِ من الصّنائِعِ وغيرِها وقد يُؤْخَذُ منه أنّ مَنْ باشَرَ صَنْعةً دَنيئةً لا على جِهةِ الحِرْفة بل لِنفعِ المسلمين من غيرِ مُقابِلٍ لا يُؤَثِّرُ ذلك فيه وهو مُحْتَمَلٌ ويُؤَيِّدُه ما يأتي أنّ مَنْ باشَرَ نحوَ ذلك اقتداءً بالسّلَفِ لا تنخَرِمُ به مُروءَتُه (فصاحِبُ حِرْفة دَنيئةٍ) بالهمزِ والمدِّ وهي ما دَلَّتْ مُلابَسَتُه على انحِطاطِ المُروءةِ وسُقوطِ النّفْسِ قال المُتَوَلّي وليس منها نِجارةٌ بالنّونِ وخِبازةٌ وقال الرّويانيُّ يُراعَى فيها عادةُ البلَدِ فإنّ الزّراعةَ قد تفضُلُ التّجارةَ في بَلَدٍ وفي بَلَدٍ آخرَ بالعكسِ، وظاهرُ كلامِ غيرِه أنّ الاعتبارَ في ذلك بالعُرْفِ العامِّ والذي يُتَّجَه أنّ ما نصّوا عليه لا يُعْتَبَرُ فيه عُرْفٌ كما مَرَّ وما لم يَنُصّوا عليه يُعْتَبَرُ فيه عُرْفُ البلَدِ وهل المُرادُ بل العقدُ أو بَلَدُ الزوجةِ ؟ كلٌّ مُحْتَمَلٌ والثاني أقرَبُ لأنّ المدارَ على عارِها وعدمِه وذلك إنّما يُعْرَفُ بالنّسبةِ لِعُرْفِ بَلَدِها أي التي هي بها حالةَ العقدِ وذكرَ في الأنوارِ تَفاضُلاً بين كثيرٍ من الحِرَفِ ولَعَلَّه باعتبارِ عُرْفِ بَلَدِه (ليس) هو أو ابنُه وإنْ سفَلَ (كُفُؤَ أرفع منه) لقوله تعالى ﴿وَٱللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ فِي ٱلرِّزْقِ﴾ [النحل :٧١] أي سبَبِه فبعضُهم يَصِلُه بعِزٍّ و سُهولةٍ وبعضُهم بضِدِّهِما (فكنّاسٌ وحَجّامٌ وحارِسٌ) وبَيْطارٌ ودَبّاغٌ (وراعٍ) لا يُنافي عَدَّه هنا ما ورَدَ «ما من نَبيٍّ إلا رَعَى الغنَمَ»[1] لأنّ ما هنا باعتبارِ ما يعرِفُه النّاسُ وغلبَ على الرِّعاءِ بعدَ تلك الأزْمِنةِ من التّساهُلِ في الدّينِ وقِلّةِ المُروءةِ وقضيّتُه أنّه لا فرقَ بين مَنْ يرعَى مالَ نفسِه ومَنْ يرعَى مالَ غيرِه بأُجْرةٍ أو تَبَرُّعًا ولو قيلَ في الأوّلِ والمُتَبَرِّعُ إنْ فعلَ ذلك لينعزِلَ به عن النّاسِ ويتأسّى بالسّلَفِ لم يُؤَثِّرْ كما تقتَضيه الأخبارُ الدّالّةُ على شَرَفِ مَنْ هو كذلك لم يَبْعُدْ (وقَيِّمُ حَمّام) هو أو أبوه (ليس كُفُؤَ بنت خَيّاطٍ) ويظهرُ أنّ كلَّ ذي حِرْفة فيها مُباشَرةُ نَجاسةٍ كالجِزارةِ على الأصحِّ ليس كُفُؤَ الذي حِرْفَتُه لا مُباشَرةَ فيها لها وأنّ بَقيّةَ الحِرَفِ التي لم يذكروا فيها تَفاضُلاً مُتَساويةٌ إلا إن اطَّرَدَ في العُرْفِ التّفاوُتُ كما مَرَّ ثمّ رأيت ما يُؤَيِّدُ ما ذكرْته أوّلاً وهو أنّ القصّابَ ليس كُفُؤًا لِبنت السّمّاكِ خلافًا للقَموليِّ (ولا خَيّاطٌ) كُفُؤَ (بنت تاجِرٍ) وهو مَنْ يجلبُ البضائِعَ من غيرِ تَقَيُّدٍ بجنسٍ منها للبيعِ ويظهرُ أنّ تعبيرَهم بالجلْبِ للغالِبِ كما يَدُلُّ عليه تعريفُهم لِلتّجارةِ بأنّها تقليبُ المالِ لِغَرَضِ الرِّبْحِ وأنّ مَنْ له حِرْفَتانِ دَنيئةٌ ورَفيعةٌ اعْتُبِرَ ما اشتَهَرَ به وإلا غُلِّبَت الدّنيئةُ بل لو قيلَ بتَغْليبِها مُطْلَقًا - لأنّه لا يخلو عن تعيُّرِه بها لم يَبْعُدْ (أو بَزّازٌ) وهو بائِعُ البزِّ (ولا هما). أي كلٌّ منهما كُفُؤَ (بنت عالِمٍ أو قاضٍ) لاقتضاءِ العُرْفِ ذلك وظاهرُ كلامِهم أنّ المُرادَ

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٢١٤٣]، وغيره من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه. بلفظ: (ما بعث الله نبيًا؛ إلا رعى الغنم).

والأَصَحُّ أنّ اليسارَ لا يُعْتَبَرُ، ....

بنت العالِمِ والقاضي مَنْ في آبائِها المنسوبةِ إليهم أحدُهما وإنْ عَلا لأنّها مع ذلك تفتَخِرُ به، وكلامِه استواءُ التّاجِرِ والبزّازِ والعالِمِ والقاضي وهو مُحْتَمَلٌ وفي الروضةِ أنّ الجاهِلَ يُكافِئُ العالِمةَ وهو مُشْكِلٌ فإنّه يَرى اعتبارَ العلمِ في آبائِها فكيف لا يعتبره فيها إلا أنْ يُجابَ بأنّ العُرْفَ يُعَيِّرُ بنتَ العالِمِ بالجاهِلِ ولا يُعَيِّرُ العالِمةَ بالجاهِلِ وبحث الأذرعِيُّ أنّ العلمَ مع الفِسقِ لا أثرَ له إذْ لا فخرَ به حينئذٍ في العُرْفِ فضْلاً عن الشرعِ ومثلُه في ذلك القضاءُ بل أولى. ثمّ رأيته صرّح بذلك فقال إنْ كان القاضي أهلاً فعالِمٌ وزيادةٌ أو غيرَ أهلٍ كما هو الغالِبُ في قُضاةِ زَمانِنا تَجِدُ الواحدَ منهم كقَريبِ العهْدِ بالإسلامِ ففي النّظَرِ إليه نَظَرٌ ويَجيءُ فيه ما سبَقَ في الظَّلَمةِ المُستولين على الرِّقابِ بل هو أولى منهم بعدمِ الاعتبارِ لأنّ النّسبةَ إليه عارٌ بخلافِ المُلوكِ ونحوِهم ا هـ.

وبحث أيضًا ونَقَله غيرُه عن فتاوَى البغَويّ أنّ فِسقَ أُمِّه وحِرْفَتَها الدّنيئةَ تُؤَثِّرُ أيضًا لأنّ المدارَ هنا على العُرْفِ وهو قاضٍ بذلك وله اتّجاهٌ لَكِنّ كلامَهم صريحٌ في رَدِّه.

(تنبيهٌ): الذي يظهرُ أنّ مُرادَهم بالعالِمِ هنا مَنْ يُسَمَّى عالِمًا في العُرْفِ وهو الفقيه والمُحَدِّثُ والمُفَسِّرُ لا غيرُ أخذًا مِمّا مَرَّ في الوصيّةِ وحينئذٍ فقضيّتُه أنّ طالِبَ العلمِ وإنْ بَرَعَ فيه قبلَ أنْ يُسَمّى عالِمًا يُكافِئُ بنتَه الجاهِلُ وفيه وقفة ظاهرةٌ كمُكافأته لِبنت عالِمٍ بالأصلينِ والعُلوم العربيّةِ ولا يَبْعُدُ أنّ مَنْ نُسِبَ أبوها لِعلمٍ يُفْتَخَرُ به عُرْفًا لا يُكافِئُها مَنْ ليس كذلكَ ويُفَرَّقُ بين ما هنا والوصيّةِ بأنّ المدارَ ثَمَّ على التّسميةِ دون ما به افْتخارٌ وهنا بالعكسِ فالعُرْفُ هنا غيرُه ثَمَّ فتأمّله، وإذًا بَحْثُ بعضِ المُتأخِّرين في حافِظٍ للقُرآنِ عن ظهرِ قلْبٍ مع عدمِ معرفة معناه أنّ مَنْ لا يحفَظُه كذلك لا يُكافِئُ بنتَه فأولى في مسألَتنا لكن خالفه كثيرون من مُعاصِريه فقالوا إنّه كُفُؤٌ لها أي لأنّا لا نعتبر جميعَ الفضائِلِ التي نصّوا عليها وإنّما نعتبر ما يَطَّرِدُ به الافتخارُ عُرْفًا بحيثُ يُعَدُّ ضِدُّه عارًا بالنّسبةِ إليه وليس مُجَرَّدُ حِفظِ القُرآنِ كذلك إلا في بعضِ النّواحي.

(والأصحُّ أنّ اليسارَ) عُرْفًا (لا يُعْتَبَرُ) في بَدْوٍ ولا حَضَرٍ ولا عَرَبٍ ولا عَجَمٍ لأنّ المالَ ظِلٌّ زائِلٌ وحالٌ حائِلٌ وطَوْدٌ مائِلٌ ولا يَفْتَخِرُ به أهلُ المُروءات والبصائِرِ ويُجابُ عن الخبرِ الصّحيحِ «الحسبُ المالُ، وأمّا مُعاويةُ فصُعْلوكٌ»[١] بأنّ الأوّلَ على طِبْقِ الخبرِ الآخرِ «تُنْكحُ المرأةُ لِحسبِها ومالِها»[٢] الحديثَ أي إنّ الغالِبَ في الأغراضِ ذلك ووَكَّلَ ﷺ بيانَ ذَمِّ المالِ إلى ما عُرِفَ من الكِتابِ والسُّنّةِ في ذَمِّه لا سيَّما قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَآ أَن يَكُونَ ٱلنَّاسُ أُمَّةً وَٰحِدَةً لَّجَعَلْنَا لِمَن يَكْفُرُ بِٱلرَّحْمَٰنِ لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا مِّن فِضَّةٍ﴾ إلى قوله: ﴿وَإِن كُلُّ ذَٰلِكَ لَمَّا مَتَٰعُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا﴾ [الزخرف:٣٣-٣٥]، وقولُه ﷺ «إنّ اللّه

---

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

(٢) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٤٨٠٢]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٦٦]، وغيرهما من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه.

وأنّ بعضَ الخِصالِ لا يُقابلُ ببعضٍ. وليس له تَزْويجُ ابنِه الصّغيرِ أمةً، وكذا مَعيبةٌ على المذْهَبِ، ويَجوزُ مَنْ لا تُكافِئُه بباقي الخِصالِ في الأَصَحِّ.

يحمي عبدَه المُؤمِنَ من الدُّنيا كما يحمي أحدُكُم مَريضَه من الطّعام والشّرابِ لو سويَت الدُّنيا عندَ اللّه جَناحَ بَعوضةٍ ما سقَى كافِرًا منها شربةَ ماءٍ»(١) ومن ثَمَّ قال الأئِمّةُ: لا يكفي في الخُطْبةِ الاقتصارُ على ذَمِّ الدُّنيا لأنّه مِمّا تَواصَى عليه مُنْكِرو المعادِ أيضًا فإنْ قُلْت: التحقيقُ أنّ المالَ من حيثُ هو لا يُذَمُّ ولا يُمْدَحُ وإنّما ذَمُّه ومَدْحُه من حيثُ كونُه وسيلةً للخيرِ ووَسيلةً لِلشَّرِّ ومن ثَمَّ كثُرَتْ أحاديثُ بذَمِّه وأحاديثُ بمَدْحِه ومحمَلُها ما تقرّر وهذا يُنافي ما ذكرْت، قُلْت: لا يُنافيه لأنّ القصْدَ أنّه لا يُمْدَحُ من حيثُ ذاتُه فلا افْتخارَ به شرعًا وهو مُقَدَّمٌ على الافْتخارِ به عُرْفًا والثاني نُصْحٌ بما يُعَدُّ عُرْفًا مُنَفِّرًا وإنْ لم يكن مُنَفِّرًا شرعًا كما مَرَّ أوّلَ البابِ في مَبْحَثِ الخُطْبةِ فاندَفع بهذا ما للأذرَعيِّ وغيرِه هنا (و) الأصحُّ (أنّ بعضَ الخِصالِ لا يُقابَلُ ببعضٍ) فلا يُكافِئُ مَعيبٌ نَسيبٌ سليمةً دَنيئةً ولا عَجميٌّ عَفيفٌ عربيّةً فاسِقة ولا فاسِقٌ حُرٌّ عَفيفة عَتيقة ولا قِنٌّ عَفيفٌ عالِمٌ حُرّةً فاسِقة دَنيئةً بل يكفي صِفة النّقْصِ في المنْعِ من الكفاءةِ إذِ الفضيلةُ لا تجبرُها ولا تمنَعُ التّعَيُّرَ بها، (وليس له تزويجُ ابنِه الصّغيرِ أمةً) لأنّه مأمونُ العنت قال الزّركشيُّ: قد يُمْنَعُ هذا في المُراهِقِ لأنّ شهوتَه إذْ ذاك أعظَمُ فإنْ قيلَ فعلُه ليس زِنًا قيلَ وفعلُ المجنونِ كذلك مع أنّهم جوَّزوا له نِكاحَ الأمةِ عندَ خوفِ العنت فهلّا كان المُراهِقُ كذلك اهـ ولَكَ رَدُّه بأنّ وطْءَ المجنونِ يُشْبِه وطْءَ العاقِلِ إنْزالاً ونَسَبًا وغيرِهما بخلافِ وطْءِ المُراهِقِ فلا جامِعَ بينهما، وادِّعاءُ أنّ شهوتَه إذْ ذاك أعظَمُ ممنوعٌ لأنّها شهوةٌ كاذِبةٌ إذْ لم تنشَأ عن داعٍ قويٍّ وهو انعِقادُ المنيِّ (وكذا مَعيبةٌ) بعَيْبٍ يُثْبِتُ الخيارَ فلا يصحُّ النّكاحُ (على المذهبِ) لأنّه على خلافِ الغِبْطةِ وكذا عمياءُ وعَجوزٌ ومقطوعةُ طَرَفٍ كما في الأُمِّ واعتمده البُلْقينيُّ والأذرَعيُّ ونَقَله عن خَلائِقَ من الأئِمّةِ وإنّما صَحَّ تزويجُ المُجْبَرةِ من نحوِ أعمَى كما مَرَّ لأنّه كُفُؤٌ وليس المدارُ في نِكاحِها إلا عليه إذِ الملْحَظُ ثَمَّ العارُ وهنا المصْلَحةُ ولأنّ تزويجَها يُفيدُها وتزويجَه يُغَرِّمُه فاحتيطَ له أكثرَ (ويَجوزُ) تزويجُه (مَنْ لا تُكافِئُه ببعضِ الخِصالِ في الأصحِّ) لأنّ الرّجُلَ لا يتغَيَّرُ باستفْراشِ مَنْ لا تُكافِئُه على أنّه إذا بَلَغَ يَثْبُتُ له الخيارُ كما صَرَّحا به.

---

(١) لم أقف عليه بهذا التمام، أما الشطر الأول منه؛ فقد أخرجه: أحمد في (مسنده) [رقم/ ٢٣٦٢٧/ طبعة الرسالة]، من حديث: محمود بن لبيد، أن رسول الله ﷺ قال: (إن الله يحمي عبده المؤمن الدنيا، وهو يُحِبُّهُ كما تحمون مريضكم الطعام والشراب تخافون عليه).

قلتُ: وهو حديث صحيح. ينظر: (صحيح الجامع) للألباني [رقم/ ١٨١٤].

أما الشطر الثاني: فقد أخرجه: الترمذي في (الجامع) [رقم/ ٢٣٢٠]، وغيره من حديث: سهل بن سعد رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: (لو كانت الدنيا تعدل عند الله جناح بعوضة؛ ما سقى كافرًا من شربة ماء).

قلتُ: حديث صحيح لغيره. ينظر: (صحيح الترغيب والترهيب) للألباني [رقم/ ٣٢٤٠].

فَصلٌ

لا يُزَوَّجُ مَجنونٌ صَغيرٌ وكذا كَبيرٌ إلّا لِحاجةٍ فَواحِدةً، وله تَزويجُ صَغيرٍ عاقِلٍ أكْثَرَ من واحِدةٍ، ويُزَوِّجُ المجْنونةَ أبٌ أو جَدٌّ إنْ ظَهَرَتْ مَصْلَحةٌ، ولا تُشْتَرَطُ الحاجةُ وسَواءٌ صَغيرةٌ وكَبيرةٌ ثَيِّبٌ وبِكْرٌ، فإنْ لم يَكُنْ أبٌ وجَدٌّ لم تُزَوَّجْ في صِغَرِها، ....

فصل في تزويجِ المحجورِ عليه

(لا يُزَوَّجُ مجنونٌ صَغيرٌ) أي لا يَجوزُ ولا يصحُّ تزويجُه إذْ لا حاجةَ به إليه حالاً وبعدَ البُلوغِ لا يُدْرى حالُه بخلافِ صَغيرٍ عاقِلٍ فإنّ الظّاهرَ حاجَتُه إليه بعدَه ونَقَلَ ابنُ الرِّفعةِ عن ابنِ داوُد وأقَرَّه جوازَ تزويجِه للخِدْمةِ وإنّما يُتَّجه في مُراهِقٍ لأنّه في النّظَرِ كبالِغٍ كما مَرَّ ثمّ رأيت الزّركشيَّ ذكرَ أعَمَّ منه فقال قضيّةُ قولِهم «لا مَجالَ لِحاجةِ تعهُّدِه وخِدْمَته فإنّ للأجْنَبيات أنْ يَقُمْنَ بها» أنّ هذا في صَغيرٍ لم يَطَّلِعْ على عَوْرات النّساءِ أمّا غيرُه فيُلْحَقُ بالبالِغِ في جوازِ تزويجِه لِحاجةِ الخِدْمةِ ا هـ (وكذا) لا يُزَوَّجُ مجنونٌ (كبيرٌ) أي بالِغٌ لأنّه يَغْرَمُ المهرَ والنّفَقة (إلا لِحاجةٍ) لِشيءٍ مِمّا مَرَّ في مَبْحَثِ وجوبِ تزويجِه فيُزَوِّجُه إنْ أطبَقَ جُنونُه كما مَرَّ ثمّ مع ما خرج به الإمامُ فالجدُّ فالسُّلْطانُ وكوِلايةِ مالِه إذا عُلِمَ أنّ تزويجَه للحاجةِ (فواحدةً) يجبُ الاقتصارُ عليها لاندِفاعِ الحاجةِ بها وفرضُ احتياجِ أكثرَ منها نادِرٌ فلم ينظُروا إليه لكن يأتي في المُخَبَّلِ أنّهم نَظَروا لِحاجَته مع نُدْرَتها وبه يتأيّدُ بَحْثُ أنّ الواحدةَ لو لم تُعِفَّه أو تَكْفِه للخِدْمةِ زِيدَ عليها بقدرِ حاجَته وكالمجنونِ مُخَبَّلٌ وهو مَنْ بعقلِه خَلَلٌ وبأعْضائِه استرْخاءٌ ولا يحتاجُ لِلنّكاحِ غالِبًا ومغلوبٌ على عقلِه بنحوِ مَرَضٍ لم يُتَوَقَّعْ إفاقَتُه منه (وله) أي الأبِ فالجدِّ (تزويجُ صَغيرٍ عاقِلٍ) غيرِ ممسوحٍ (أكثرَ من واحدةٍ) ولو أربَعًا إنْ رَآه مَصْلَحةً لأنّ له من سعةِ النّظَرِ والشّفَقة ما يحمِلُه على أنْ لا يَفْعَلَ ذلك إلا لِغَرَضٍ صحيحٍ ويُؤْخَذُ من نَظَرِهم لِلشّفَقة أنّ مَنْ بينه وبين ابنِه عداوةٌ ظاهرةٌ لا يَفْعَلُ ذلك وهو نظيرُ ما مَرَّ في المُجْبَرةِ إلا أنْ يُفَرَّقَ بأنّ وِلايةَ الإجبارِ أقوى لِثُبوتها مع الرُّشْدِ مع إيقاعِه لها بسببِها فيما لا يُمْكِنُها الخلاصُ منه في الأثناءِ لأنّ العِصْمةَ ليستْ بيَدِها فاحتيطَ لِذلك باشتراطِ عدمِ ظُهورِ عداوةٍ بينهما وإنْ كان اشتراطُ الكفاءةِ قد يُغْني عنه بخلافِه هنا وفي وِلايةِ المالِ، (ويُزَوِّجُ) جوازًا (المجنونةَ) إنْ أطبَقَ جُنونُها نظيرَ ما مَرَّ (أبٌ أو جَدٌّ) إنْ فُقِدَ الأبُ أو انتفت وِلايَتُه (إنْ ظهرتْ مَصْلَحةٌ) كزيادةِ مهرٍ وقضيّةُ تقييدِه كغيرِه بالظُّهورِ أنّه لا يكفي أصلُ المصْلَحةِ والظّاهرُ خلافُه أخذًا مِمّا مَرَّ في التّصرُّفِ في مالِ اليتيمِ إلا أنْ يُفَرَّقَ بنحوِ ما تقرّر.

(ولا يُشْتَرَطُ الحاجةُ) إلا في الوجوبِ كما مَرَّ بخلافِ المجنونِ لأنّ تزويجَه يُغَرِّمُه (وسواءٌ) في جوازِ تزويجِ الأبِ فالجدِّ المجنونةَ للمَصْلَحةِ (صَغيرةٌ وكبيرةٌ ثَيِّبٌ وبِكْرٌ) بَلَغَتْ مجنونةً أو عاقِلةً ثمّ جُنّتْ لأنّه لا يُرْجَى لها حالةٌ تُستأذَنُ فيها والأبُ والجدُّ لهما وِلايةُ الإجبارِ في الجُمْلةِ (فإنْ لم يكن) لِلصّغيرةِ المجنونةِ (أبٌ وجَدٌّ لم تُزَوَّجْ في صِغَرِها) ولو لِغِبْطةٍ إذْ لا إجبارَ لِغيرِهما ولا حاجةَ في الحالِ

فإنْ بلَغَتْ زَوَّجَها السُّلْطانُ في الأَصَحِّ للحاجةِ، لا لِمَصْلَحةٍ في الأَصَحِّ، ومَنْ حُجِرَ عليه بسَفَهٍ لا يَسْتَقِلُّ بنِكاحٍ بل يَنْكِحُ بإِذْنِ وليِّه أو يَقْبلُ له الوليُّ، ....

(فإنْ بَلَغَتْ زَوَّجَها) ولو ثَيِّبًا (السُّلطانُ) الشّامِلُ لِمَنْ مَرَّ (في الأصحِّ) كما يَلي مالها ويُسَنُّ له مُراجَعةُ أقارِبِها - ولو نحوَ خالٍ - وأقارِبِ المجنونِ فيما مَرَّ تَطْييبًا لِقُلوبهم (للحاجةِ) المارِّ تفصيلُها (لا لِمَصلَحةٍ) كنفقةٍ ويُؤخَذُ من جَعْلِ هذا مِثالاً للمَصْلَحةِ أنّ الفرضَ فيمَنْ لها مُنْفِقٌ أو مالٌ يُغْنيها عن الزوجِ وإلا كان الإنفاقُ حاجةً أيَّ حاجةٍ (في الأصحِّ) وسيأتي أنّ الزوجَ ولو مُعْسِرًا يلزمُه إخدامُ نحوِ المريضةِ مُطْلَقًا وغيرِها إنْ خُدِمت في بيت أبيها ويتردَّدُ النَّظَرُ في المجنونةِ هل هي كالمريضةِ أو لا وحينئذٍ لو احتيجَ لإخدامِ المجنونةِ ولم تندفع حاجَتُها إلا بالزوجِ اتُّجه أنّ لِلسُّلْطانِ تزويجَها لِحاجةِ الخِدْمةِ إنْ جعلْناها كالمريضةِ أو إنْ كانت تُخْدَمُ لِوجوبِ خِدْمَتِها على الزوج كما يُزَوِّجُ المجنونُ لِحاجةِ الخِدْمةِ فيما مَرَّ بل هذا أولى لِوجوبِ الخِدْمةِ هنا لإثم وإذا زُوِّجَتْ ثمّ أفاقت لم تَتَخَيَّرْ وقضيّةُ كلامِه أنّ الوصيَّ لا يُزَوِّجُ وهو المعتمدُ لِقُصورِ وِلايَته وبه فارَقَ السُّلْطانَ.

(ومَنْ حُجِرَ عليه بسَفَهٍ) لِبُلوغِه سفيهًا والحجْرُ في هذا بمعنى دَوامِه وإن اختلف جنسُه فإنّه لا يُحْتاجُ لإنشائِه أو طُروُّ تبذيرٍ عليه بعدَ رُشْدِه ولا بُدَّ في هذا من إنْشاءِ حَجْرٍ والأصحُّ تَصرُّفُه ومنه نِكاحُه وإنْ قُلْنا بأنّه لا يُزَوِّجُ موَلّيته لأنّ وِلايةَ الغيرِ يُحْتاطُ لها ما لا يُحْتاطُ لِتَصرُّفِ النَّفْسِ (لا يستَقِلُّ بنِكاحٍ) كيْ لا يُفْنيَ ماله في مُؤَنِه ولا يصحُّ إقرارُ وليِّه عليه به ولا إقرارُه هو حيثُ لم يأذَنْ له فيه وليُّه وإنّما صَحَّ إقرارُ المرأةِ به لأنّه يُفيدُها، ونِكاحُه يُغَرِّمُه (بل ينكِحُ بإذْنِ وليِّه أو يقبَلُ له الوليُّ) النّكاحَ بإذْنِه لِصحّةِ عبارَته فيه بعدَ إذْنِ الوليِّ له ووَليُّه في الأوّلِ الأبُ فالجدُّ فوَصيٌّ أُذِنَ له في التزويج على ما في العزيزِ لَكِنّه ضعيفٌ وإنْ أطالَ السُّبْكيُّ وغيرُه في اعتمادِه وفي الثاني القاضي أو نائبُه ويُشْتَرَطُ حاجَتُه لِلنّكاحِ بنحوِ ما مَرَّ في المجنونِ ولا يُكْتَفَى فيها بقولِه بل لا بُدَّ من ثُبوتها في الخِدْمةِ وظُهورِ قرائِنَ عليها في الشّهْوةِ ولا يُزَوَّجُ إلا واحدةً فإنْ كان مِطْلاقًا بأنْ طَلَّقَ بعدَ الحجْرِ أو قبله كما هو ظاهرٌ ثلاثَ زوجاتٍ أو ثِنْتَين وكذا ثلاثُ مَرّاتٍ ولو في زوجةٍ واحدةٍ على الأوجَه سُرِّيَ أمةً فإنْ تَضجَّرَ منها أُبْدِلَتْ ولا يُزادُ له على حَليلةٍ وإن اتّسَعَ مالُه نصَّ عليه نعم، يأتي هنا ما مَرَّ في المجنونِ والذي يُتَّجه أنّه يَتعيَّنُ الأصلَحُ من التّسَرّي أو التزويجِ ما لم يُرِد التزويجَ بخُصوصِه لأنّ التحصين به أقوى منه بالتّسَرّي

(تنبيهٌ): ظاهرُ كلامِهم هنا أنّ المِطْلاقَ يُسَرَّى وإنْ تكرَّرَ طلاقُه لِعُذْرٍ لَكِنّهم ذكروا في الإعفافِ أنّ الأب إذا طَلَّقَ لِعُذْرٍ أُبْدِلَ زوجةً أخرى وظاهرُه أنّه لا فرقَ بين تَكرُّرِ ذلك وعدمِه فيُمْكِنُ أنْ يُقال بنظيرِه هنا ويُمْكِنُ الفرقُ بأنّ الأب قويُّ العقلِ فيُدْرِكُ العُذْرَ على حَقيقَته غالبًا وهذا ضعيفُه فلا يَبْعُدُ أنْ يتخَيَّلَ ما ليس بعُذْرٍ عُذْرًا نعم، إنْ فُرِضَ ظُهورُ العُذْرِ بقَرائِنَ قطعيّةٍ عليه اتُّجه تَساوي البابَين وظاهرُ كلامِهم ثمّ إنّه إذا طَلَّقَ لِغيرِ عُذْرٍ ولو مَرّةً لا يُبْدَلُ بل يُسَرَّى فيُحْتَمَلُ مَجيئُه هنا ويُحْتَمَلُ الفرقُ

فإنْ أذِنَ له وعَيَّنَ امرأةً لم يَنْكِحْ غيرَها، ويَنْكِحُها بمَهْرِ المِثْلِ أو أقَلَّ، فإنْ زادَ فالمشهورُ صِحّةُ النِّكاحِ بمَهْرِ المِثْلِ مِن المُسَمَّى، ولو قال انْكِحْ بألْفٍ ولم يُعَيِّن امرأةً نَكَحَ بالأقَلِّ من ألْفٍ ومَهْرِ مِثْلِها، ....

بأنّ المُؤَنَ ثَمّ على الغيرِ فضُيِّقَ على الأبِ أكثرَ منه على السّفيه لأنّ المُؤَنَ من مالِه .

(فإنْ أذِنَ له) الوليُّ (وعَيَّنَ امرأةً) تَليقُ به دون مهرٍ (لم ينكِحْ غيرَها) . فإنْ فعلَ لم يصحَّ ولو بدونِ مهرِ المُعَيَّنةِ بخلافِ ما لو عَيَّنَ مهرًا فنَكحَ بأزْيَدَ منه أو أنْقصَ لأنّه تابعٌ (وينكِحُها) أي المُعَيَّنةَ (بمهرِ المثلِ) لأنّه المرَدُّ الشرعيُّ (أو أقَلَّ منه) لأنّ فيه رِفقًا به (فإنْ زاد عليه فالمشهورُ صحّةُ النّكاحِ بمهرِ المثلِ) أي بقدرِه (من المُسَمّى) الذي نَكحَ بعَينه المأذونُ له في النّكاحِ منه ويَلْغو ما زاد لأنّه تَبَرُّعٌ من سفيهٍ وقال ابنُ الصّبّاغِ القياسُ بُطْلانُ المُسَمَّى جميعِه لأنّها لم ترضَ إلا بجميعِه وترجِعُ بمهرِ المثلِ أي من نَقْدِ البلَدِ في ذِمَّته واعتمده البُلْقينيُّ وأرادَ بالمقيسِ عليه نِكاحَ الوليِّ له بالأزْيَدِ الآتي قريبًا وفَرَّقَ الغزّيُّ بما حاصِلُه أنّ تَصَرُّفَ الوليِّ وقَعَ للغيرِ مع كونِه مُخالِفًا لِلشَّرْعِ والمصْلَحةِ فبَطَلَ المُسَمَّى من أصلِه، والسّفيه هنا تَصَرَّفَ لِنفسِه وهو يملكُ أنْ يعقِدَ بمهرِ المثلِ فإذا زاد بَطَلَ في الزّائِدِ كشَريكٍ باعَ مشترَكًا بغيرِ إذْنِ شَريكِه ويأتي في الصّداقِ أنّه لو نَكحَ لِطِفْلِه بفوقِ مهرِ المثلِ أو أنْكحَ مولّيته القاصِرةَ أو التي لم تأذَنْ بدونِه فسَدَ المُسَمَّى وصَحَّ النّكاحُ بمهرِ المثلِ أي في الذِّمّةِ من نَقْدِ البلَدِ فيوافِقُ ما هنا في وليِّ السّفيه ووقع هنا في شرحِ الروضِ صحّتُه بقدرِه من المُسَمّى في هذه الثلاثةِ وفيه نَظَرٌ واضِحٌ لِما تقرّر في وليِّ السّفيه الآتي في وليِّ الصّغيرِ مع أنّ ذلك لا يأتي في الأخيرَتَين لأنّ الفرضَ فيهما أنّه بدونِ مهرِ المثلِ. إلا إنْ أُريدَ من جنسِ المُسَمَّى.

(ولو قال: له انكِحْ بألفٍ ولم يُعَيِّن امرأةً نَكحَ بالأقَلِّ من ألفٍ ومهرِ مثلِها) لامتناعِ الزّيادةِ على إذْنِ الوليِّ وعلى مهرِ المنكوحةِ فإذا نَكحَ امرأةً بألفٍ وهو مُساوٍ لِمهرِ مثلِها أو ناقِصٌ عنه صَحَّ به أو أزْيَدَ منه صَحَّ بمهرِ المثلِ منه خلافًا لابنِ الصّبّاغِ ولَغا الزّائِدُ وإنْ كانت الزوجةُ سفيهةً كما يُصَرِّحُ به كلامُهم وإنْ خالفه الأذرَعيُّ وغيرُه ويوَجَّه بأنّه ممنوعٌ من الزّائِدِ فرجع للمَرَدِّ الشرعيِّ وإنْ لم ترضَ به المرأةُ لا من أصلِ التّسميةِ فوَجَبَ قدرُ مهرِ المثلِ من المُسَمَّى فهما حيثيّتانِ مختلِفتانِ أعطَوْا كلًّا منهما حكمَها أو نَكحَها بأكثرَ من الألفِ بَطَلَ النّكاحُ إنْ نَقصَ الألفُ عن مهرِ مثلِها لِتعذُّرِ صحّته بالمُسَمَّى وبِمهرِ المثلِ لأنّ كلًّا منهما أزْيَدُ من المأذونِ فيه والأصحُّ بمهرِ المثلِ لأنّه أقَلُّ من المأذونِ فيه أو مُساوٍ له أو بأقَلَّ من ألفٍ والألفُ مهرُ مثلِها، أو أقَلُّ صَحَّ بالمُسَمَّى - لأنّه أقَلُّ من مهرِ المثلِ أو أكثرُ صَحَّ بمهرِ المثلِ إنْ نَكحَ بأكثرَ منه وإلا فبالمُسَمَّى أمّا إذا عَيَّنَ له قدرًا وامرأةً كانكِحْ فُلانةَ بألفٍ فإنْ كان الألفُ مهرَ مثلِها أو أقَلَّ فنَكحَها به أو بأقَلَّ منه صَحَّ بالمُسَمَّى لأنّه لم يُخالِف الإذْنَ بما يَضُرُّه أو بأكثرَ منه لَغا الزّائِدُ في الأولى لِزيادَته على مهرِ المثلِ وانعقَدَ به لِموافَقَته للمأذونِ فيه وبَطَلَ النّكاحُ في الثانيةِ لِتعذُّرِه بالمُسَمَّى وبِمهرِ المثلِ لأنّ كلًّا منهما أزْيَدُ من المأذونِ فيه نظيرَ ما مَرَّ أو أكثرَ

ولو أَطْلَقَ الإِذْنَ فالأَصَحُّ صِحَّتُه، ويَنْكِحُ بمَهْرِ المِثْلِ مَنْ تَليقُ به، فإنْ قَبِلَ له وليُّه اشْتُرِطَ إِذْنُه في الأَصَحِّ، ويَقْبلُ بمَهْرِ المِثْلِ فأَقَلَّ، فإنْ زادَ صَحَّ النِّكاحُ بمَهْرِ المِثْلِ، وفي قولٍ يَبْطُلُ.

ولو نَكَحَ السّفيه ....

منه فالإذنُ باطِلٌ من أصلِه، وقولُ الزّركشيّ كالأذرَعيّ «القياسُ صحّتُه بمهرِ المثلِ كما لو قبِلَ له الوليُّ بزيادةٍ عليه» يُرَدُّ بأنّ قبولَ الوليِّ وقَعَ مُشْتَمِلاً على أمرَين مختَلِفَي الحكم لا ارتباطَ لأحَدِهما بالآخرِ فأعطيْنا كلًّا حكمَه وهو صحّةُ النّكاحِ إذْ لا مانِعَ له وبُطْلانُ المُسمَّى لِوجودِ مانِعِه وهو الزّيادةُ على مهرِ المثلِ وأمّا قبولُ السّفيه فقارَنَه مانِعٌ من صحّته وهو انتفاءُ الإذْنِ لِمُجوِّزٍ له من أصلِه ولا يُقالُ بصحّته في قدرِ مهرِ المثلِ لِما مَرَّ آنِفًا في رَدِّ كلامِ ابنِ الصّبّاغِ ولِما يأتي في بما شِئْت.

(ولو أطلَقَ الإذنَ) بأنْ قال: انكِحْ ولم يُعَيِّن امرَأَةً ولا قدرًا (فالأصحُّ صحّتُه) لأنّ له مَرَدًّا كما قال (وينكِحُ بمهرِ المثلِ) لأنّه المأذونُ فيه شرعًا أو بأقَلَّ منه فإنْ زاد لَغا الزّائِدُ (مَنْ تَليقُ به) من حيثُ المصْرِفُ الماليُّ فلو نَكحَ مَنْ يستَغْرِقُ مهرُ مثلِها ماله لم يصحَّ النّكاحُ كما اختارَه الإمامُ وقَطَعَ به الغزاليُّ لانتفاءِ المصْلَحةِ فيه خلافًا للإسنَويِّ ويظهرُ أنّه لو لم يستَغْرِقْه وكان الفاضِلُ تافِهًا بالنّسبةِ إليه عُرْفًا كان كالمُستَغْرِقِ ولو زَوَّجَ الوليُّ المجنون بهذه لم يصحَّ على الأوجَه لاعتبارِ الحاجةِ فيه كالسّفيه وهي تندَفِعُ بدونِ هذه بخلافِ تزويجِه لِلصَّغيرِ العاقِلِ فإنّه مَنوطٌ بالمصْلَحةِ في ظَنِّ الوليِّ وقد تَظْهَرُ له في نِكاحِها ومن ثَمَّ جازَ له أنْ يُزَوِّجَه بأربَعٍ كما مَرَّ.

(تنبيهٌ): قولُه: لانتفاءِ المصْلَحةِ فيه تَبِعْت فيه شرحَ المنْهَجِ ولا يُنافيه قولُه في شرحِ الروضِ تَبَعًا لِلرَّوْضةِ عن الإمامِ والغزاليِّ لم يصحَّ بل يتقَيَّدُ بالمصْلَحةِ قال الزّركشيُّ ولا شَكَّ أنّ الاستغْراقَ لا يُنافي المصْلَحةَ فإنّه قد يكونُ كسوبًا أو المهرُ مُؤَجَّلاً اهـ وذلك لأنّ انتفاءَ المصْلَحةِ في هذه الصّورةِ هو الغالِبُ فلا نَظَرَ لهذا الأمرِ النّادِرِ على أنّ النّظَرَ للكسبِ في المُستقبَلِ بعدَ خُروجِ ما في يَدِه بَعيدٌ وكذا لِلتّأجيلِ لأنّه بصَدَدِ الحُلولِ والاحتياجِ فساغَ نفيُ المصْلَحةِ من أصلِها لَكِنّ الّذي يُتَّجه النّظَرُ لِقَرائِنِ حالِه الغالِبةِ فإنْ شَهِدَتْ باضْطِرارِه لِنِكاحِها بخُصوصِها مع عدمِ تأَثُّرِه بفَقْدِ ما بيَدِه صَحَّ النّكاحُ وإلا فلا ولو قال له: انكِحْ مَنْ شِئْت بما شِئْت لم يصحَّ لأنه رَفْعٌ للحَجْرِ بالكلّيّةِ فبَطَلَ الإذْنُ من أصلِه ومن ثَمَّ لم يتأتَّ فيه تفريقُ الصّفْقةِ وليس لِسَفيهٍ أُذِنَ له في نِكاحٍ توكيلٌ فيه لأنّ حَجْرَه لم يُرْفَعْ إلا عن مُباشَرَته.

(فإنْ قبِلَ له وليُّه اشتُرِطَ إذْنُه في الأصحِّ) لِما مَرَّ من صحّةِ عبارَته هنا (ويقبَلُ) له (بمهرِ المثلِ فأقَلَّ) كالشِّراءِ له (فإنْ زاد صَحَّ النكاحُ بمهرِ المثلِ) ولَغَت الزّيادةُ لأنّه ليس أهلاً لِلتّبَرُّعِ وبَطَلَ المُسَمَّى من أصلِه كما مَرَّ آنِفًا بما فيه (وفي قولٍ يَبطُلُ) النّكاحُ كما لو اشترى له بأكثرَ من ثمنِ المثلِ ويُجابُ بأنّه يلزمُ من بُطْلانِ الثّمَنِ بُطْلانُ البيعِ إذْ لا مَرَدَّ له بخلافِ النّكاحِ، (ولو نَكَحَ السّفيه) السّابِقُ وهو

بلا إذْنٍ فَباطِلٌ، فإنْ وطِئَ لم يَلْزَمه شَيْءٌ، وقيلَ مَهْرُ مِثْلٍ، وقيلَ أَقَلُّ مُتَمَوَّلٍ. وَمَنْ حُجِرَ عليه لِفَلَسٍ يَصِحُّ نِكاحُه، ومُؤَنُ النِّكاحِ في كَسْبِه، لا فيما معَهُ.
وَنِكاحُ عبدٍ بلا إذْنِ سَيِّدِه باطِلٌ، وبِإذْنِه ....

المحجورُ عليه (بلا إذْنٍ) من وليِّه الشّامِلِ للحاكِمِ عندَ فقْدِ الأصلِ أو امتناعِه وإنْ تعذَّرَتْ مُراجعةُ السُّلْطانِ (فباطِلٌ) نِكاحُه لإلغاءِ عبارَته فيُفَرَّقُ بينهما قال ابنُ الرِّفعةِ هذا إذا لم ينتَه إلى خوفِ العنتِ وإلا فالأصحُّ صحّةُ نِكاحِه كامرَأةٍ لا وليَّ لها بل أولى (فإنْ وطِئَ) مَنْكوحَتَه الرّشيدةَ المختارةَ (لم يلزَمْه شيءٌ) أي حَدٌّ قطعًا لِلشُّبْهةِ ومن ثَمَّ لَحِقَه الولدُ ولا مهرَ ظاهرًا ولو بعدَ فكِّ الحجْرِ وإنْ لم تعلمْ سفَهَه لأنّها مُقَصِّرةٌ بتركِ البحثِ مع كونِها سلَّطَته على بُضْعِها بخلافِه باطِنًا بعدَ فكِّ الحجْرِ عنه كما نصَّ عليه في الأُمِّ واعتَمَدوه بخلافِ صَغيرةٍ ومجنونةٍ ومُكْرَهةٍ ومُزَوَّجةٍ بالإجبارِ ونائمةٍ فيجبُ مهرُ المثلِ إذْ لا يصحُّ تَسليطُهُنّ ومن ثَمَّ لو كمُلَتْ بعدَ العقدِ وعَلِمَت سفهَه ومَكَّنَتْه مُطاوِعةً لم يجِبْ لها شيءٌ كما هو ظاهرٌ وكذا سفيهةٌ حالةَ الوطءِ فيجبُ لها مهرُ المثلِ أيضًا كما أفتى به المُصَنِّفُ وإنْ علمت الفسادَ وطاوَعَتْه واعتُرِضَ بالاعتدادِ بإذْنِ السّفيه في الإتلافِ البدَنيِّ ولهذا لو قال سفيهٌ لِآخَرَ اقطَعْ يَدي فقَطَعَه هَدَرٌ ويُرَدُّ بأنّ البُضْعَ مُقَوَّمٌ بالمالِ شرعًا ابتداءً فلم يكن لإذْنِها مع سفَهِها دَخْلٌ فيه بخلافِ نحوِ اليدِ.

(وقيلَ يلزمُه مهرُ المثلِ) لِئَلّا يخلوَ الوطءُ عن مُقابِلٍ (وقيلَ) يلزمُه (أقَلُّ مُتَمَوَّلٍ) حَذَرًا من الخُلوِّ المذكورِ، (ومَنْ حُجِرَ عليه بفَلَسٍ صَحَّ نِكاحُه) كما قدَّمَه في الفلَسِ وأعادَه هنا توطِئةً لِما بعدَه وذلك لِصحّةِ عبارَته وله ذِمّةٌ (ومُؤَنُ النِّكاحِ في كسبه لا فيما معه) لِتعلُّقِ حَقِّ الغُرَماءِ به مع اختيارِه لإحداثِها بخلافِ الولدِ المُتَجَدِّدِ فإنْ لم يكن له كسبٌ ففي ذِمَّته ولها الفسخُ بإعسارِه بشرطِه وبَحْثُ تَخَيُّرِها إنْ جَهِلَتْ فلَسَه ضعيفٌ، (ونِكاحُ عبدٍ) ولو مُدَبَّرًا ومُبَعَّضًا ومُكاتَبًا ومُعَلَّقًا عتقُه بصِفة (بلا إذْنِ سيِّدِه) ولو أنثى (باطِلٌ) للحَجْرِ عليه وللخبرِ الصّحيحِ «أيُّما مملوكٍ تَزَوَّجَ بغيرِ إذْنِ سيِّدِه فهو عاهِرٌ»[(١)] وقولُ الأذرَعيِّ يُستَثنى من ذلك ما لو مَنَعَه سيِّدُه فرَفعه لِحاكِمٍ يَرى إجبارَه فأمَرَه فامتنع فأذِنَ له الحاكِمُ أو زَوَّجَه فإنّه يصحُّ جَزْمًا كما لو عَضَلَ الوليُّ فيه نَظَرٌ لأنّه إنْ أرادَ صحّتَه على مذهبِ ذلك الحاكِمِ لم يصحَّ الاستثناءُ أو على مذهبِنا فلا وجهَ له وأفْهَمَ ما تقرّر أنّ الموقوفَ كلَّه أو بعضَه على جِهةٍ يَتعذَّرُ تزويجُه وإذا بَطَلَ لِعدمِ الإذْنِ تعلَّقَ مهرُ المثلِ بذِمَّته فقط ويُتَّجه أنّ مَحَلَّه في غيرِ نحوِ الصّغيرةِ وإلا تعلَّقَ برَقَبَته نظيرَ ما مَرَّ في السّفيه ثمّ رأيت الأذرَعيَّ بحثه وجزم الأنوارُ كالإمامِ في وطْئِه أمةَ غيرِ مأذونه أيضًا بتعلُّقِه برقَبَته وقال الزّركشيُّ وغيرُه بل بذِمَّته (و) نِكاحُه (إذْنُه) أي السَّيِّدِ الرّشيدِ غيرِ

---

(١) [حسن] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٣/ ٣٠٠]، وأبو داود في (سننه) [رقم/ ٢٠٧٨]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ١١١١]، وغيرهم من حديث: جابر بن عبد الله ﵁.
قلتُ: حديث حسن. ينظر: (إرواء الغليل) للألباني [رقم/ ١٩٣٣].

صَحيحٌ، وله إطْلاقُ الإذْنِ، وله تَقْييدُه بامرأةٍ أو قَبيلةٍ أو بلَدٍ، ولا يَعْدِلُ عَمّا أذِنَ فيه والأظْهَرُ أنّه ليس لِلسَّيِّدِ إجْبارُ عبدِه على النِّكاحِ ولا عَكْسُه، وله إجْبارُ أمَتِه بأيِّ صِفةٍ كانتْ، فإنْ طَلَبَتْ لم يَلْزَمه تَزْويجُها، وقيلَ إنْ حَرُمَتْ عليه لَزِمَه، وإذا زَوَّجَها فالأصَحُّ أنّه بالمِلْكِ لا بالوِلايةِ ....

المُحْرِمِ نُطْقًا ولو أنثى بكْرًا (صحيحٌ) لِمفهومِ الخبرِ (وله إطلاقُ الإذنِ) فينكِحُ حُرّةً أو أمةً ببَلَدِه وغيرِها نعم، لِلسَّيِّدِ مَنْعُه من الخُروجِ إليها خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه (وله تقييدُه بامرأةٍ) مُعَيَّنةٍ (أو قبيلةٍ أو بَلَدٍ ولا يعدِلُ عَمّا أذِنَ فيه) وإلا بَطَلَ وإنْ كان مهرُ المعدولِ إليها أقَلَّ من مهرِ المُعَيَّنةِ نعم، لو قدَّرَ له مهرًا فزاد أو زاد على مهرِ المثلِ عندَ الإطلاقِ صَحَّت الزّيادةُ ولَزِمت ذِمَّتَه فيُتْبَعُ بها إذا عَتَقَ لأنّ له ذِمّةً صحيحةً بخلافِ ما مَرَّ في السّفيه ويُؤْخَذُ منه أنّ الكلامَ في العبدِ الرّشيدِ ومَحَلُّ ما ذُكِرَ في صورةِ التقديرِ إنْ لم ينهَه عن الزّيادةِ وإلا بَطَلَ النّكاحُ لأنّه غيرُ مأذونٍ فيه حينئذٍ ولا يحتاجُ إلى إذْنٍ في الرّجعةِ بخلافِ إعادةِ البائِنِ ولو نَكحَ فاسِدًا نَكحَ صحيحًا بلا إنْشاءِ إذْنٍ لأنّ الفاسِدَ لم يتناوَلْه الإذْنُ الأوّلُ، و رُجوعُه عن الإذْنِ كرُجوعِ الموكِّلِ وكذا وليُّ السّفيه كما هو ظاهرٌ.

(والأظهرُ أنّه ليس لِلسَّيِّدِ إجبارُ عبدِه على النكاحِ) صَغيرًا كان أو كبيرًا بسائِرِ أقسامِه السّابِقة لأنّه يُلْزِمُ ذِمَّتَه مالاً كالكِتابةِ واقتضى كلامُهما في مَواضِعَ ترجيحَ مُقابِلِه في الصّغيرِ وأطالَ الإسنَويُّ فيه وإنّما أجبَرَ الأبُ الابنَ الصّغيرَ لأنّه قد يَرى تعيُّنَ المصْلَحةِ له حينئذٍ الواجبِ عليه رِعايَتُها (ولا عكسُه) أي لا يُجْبَرُ السّيّدُ على نِكاحِ قِنِّه بأقسامِه السّابِقة أيضًا إذا طلبه منه في الأظهرِ لأنّه يُشَوِّشُ عليه مَقاصِدَ الملكِ وفَوائِدَه كتزويجِ الأمةِ، (وله إجبارُ أمَته) التي يملكُ جميعَها ولم يَتعلَّقْ بها حَقٌّ لازِمٌ على النّكاحِ لكن مِمَّنْ يُكافِئُها في جميعِ ما مَرَّ وإلا لم يصحَّ بغيرِ رِضاها نعم، له إجبارُها على رَقيقٍ ودَنيءِ النّسَبِ إذْ لا نَسب لها وإنّما صَحَّ بيعُها لِغيرِ الكُفْؤِ ولو مَعيبًا ولَزِمَها تمكينُه على الأصَحِّ عندَ المُتَوَلّي لأنّ الغرَضَ الأصليَّ من الشّراءِ المالُ ومن النّكاحِ التّمتُّعُ (بأيِّ صِفة كانت) لأنّ النّكاحَ يُرَدُّ على مَنافِعِ البُضْعِ وهي ملكُه ولانتفاعِه بمهرِها ونفقتِها بخلافِ العبدِ أمّا المُبَعَّضةُ والمُكاتَبةُ فلا يُجْبِرُهما كما لا يُجْبِرانِه ومَرَّ أنّه ليس لِلرّاهِنِ تزويجُ مَرْهونةٍ لَزِمَ رَهْنُها إلا من مُرْتَهِنٍ ومثلُها جانيةٌ تعلَّقَ برَقَبَتِها مالٌ وهو مُعْسِرٌ وإلا صَحَّ وكان اختيارًا للفِداءِ وإنّما لم يصحَّ البيعُ حينئذٍ لأنّه مُفَوِّتٌ لِلرَّقَبةِ وصَحَّ العتقُ لِتَشَوُّفِ الشّارِعِ إليه وكذا لا يَجوزُ لِمُفْلِسٍ تزويجُ أمةٍ بغيرِ إذْنِ الغُرَماءِ ولا لِسيِّدٍ تزويجُ أمةِ تجارةِ عامِلِ قِراضِه بغيرِ إذْنِه لأنّه يُنْقِصُ قيمَتَها فيتضَرَّرُ به العامِلُ وإنْ لم يظهرْ به رِبْحٌ أو تجارةِ قِنِّه المأذونِ له المدينِ بغيرِ إذْنِه وإذْنِ الغُرَماءِ (فإنْ طلبتْ) منه أنْ يُزَوِّجَها (لم يلزمه تزويجُها) مُطْلَقًا لِنَقْصِ قيمَتِها ولِفَواتِ استمتاعِه بمَنْ تَحِلُّ له (وقيلَ: إنْ حَرُمت عليه) مُؤَبَّدًا وأُلْحِقَ به ما إذا كان امرأةً (لَزِمَه) إجابَتُها تَحْصينًا لها، (وإذا زَوَّجها) أي الأمةَ سيِّدُها (فالأصحُّ أنّه بالملكِ لا بالولايةِ) لأنّ التّصرُّفَ فيما يُمْلَكُ استيفاؤُه ونَقْلُه إلى الغيرِ إنّما يكونُ بحكمِ الملكِ كاستيفاءِ المنافِعِ ونَقْلِها

فَيُزَوِّجُ مُسْلِمٌ أَمَتَه الكافِرةَ وفاسِقٌ ومُكاتَبٌ، ولا يُزَوِّجُ وليٌّ عبدًا صَبيًّا ويُزَوِّجُ أَمَتَه في الأَصَحِّ.

باب ما يَحْرُمُ مِن النِّكاحِ

بالإجارةِ (فيُزَوِّجُ) على الأوّلِ مُبَعَّضٌ أَمَتَه خلافًا للبَغَويِّ كما مَرَّ و (مسلمٌ أَمَتَه الكافِرةَ) التي تَحِلُّ من قِنٍّ وحُرٍّ كِتابيٍّ بخلافِ المُرْتَدّةِ - إذْ لا تَحِلُّ بحالٍ - ونحوِ المجوسيّةِ والوثَنيّةِ على أحدِ وجهَين رجحه بعضُهم لأنّه لا يملكُ الاستمتاعَ بهما والأوجَه ما رجحه الجلالُ البُلْقينيُّ وشُرّاحُ الحاوي بل نصَّ عليه الشافعيُّ رضي الله عنه أنّه يُزَوِّجُهما بكافرٍ قِنٍّ أو حُرٍّ بناءً على حِلِّهما له الآتي عن السُّبْكيّ ترجيحُ خلافِه كما يُزَوِّجُ محرَمَه بنحوِ رَضاعٍ وإنْ لم يكن له عليها وِلايةٌ من جِهةٍ أخرى خلافًا لِما وهِمَ فيه شارحٌ أمّا الكافرُ فلا يُزَوِّجُ أَمَتَه المسلِمةَ على ما مَرَّ لأنّه ممنوعٌ من كلِّ تَصَرُّفٍ فيها إلا إزالةَ ملكِه عنها (وفاسِقٌ) أَمَتَه كما يُؤَجِّرُها (ومُكاتَبٌ) كِتابةً صحيحةً أَمَتَه لكن بإذْنِ سيِّدِه وليس لِلسَّيِّدِ الاستقلالُ بتزويجِها كعبدِه، (ولا يُزَوِّجُ وليٌّ عبدَ) موَلّيه من (صَبيٍّ) ومجنونٍ وسَفيهٍ ذكرًا وأنثى لِعدمِ المصْلَحةِ فيه بانقطاعِ كسبه عنه ولم ينظُروا إلى أنّها رُبَّما تَظْهَرُ مع تزويجِه لِنُدْرَته (ويُزَوِّجُ) وليُّ النّكاحِ والمالِ وهو الأبُ فالجدُّ فالسُّلْطانُ (أَمَتَه) إجبارًا التي يُزَوِّجُها المولّي بتقديرِ كمالِه (في الأصحِّ) إذا ظهرت الغِبْطةُ فيه اكتسابًا للمهرِ والنّفَقة نعم، لا بُدَّ من إذْنِ السّفيه في نِكاحِ أَمَته وخرج بوَلِيِّهما أمةُ صَغيرةٍ عاقِلةٍ ثَيِّبٍ فلا تُزَوَّجُ وأمةُ صَغيرٍ وصَغيرةٍ مجنونةٍ فلا يُزَوِّجُها السُّلْطانُ ولا يُجْبَرُ الوليُّ على نِكاحِ أمةِ المولى.

(بابُ ما يُحَرَّمُ من النّكاحِ)

بَيانٌ لِـ(ما) أي النّكاحِ المُحَرَّمِ لِذاته لا لِعارِضٍ كالإحرامِ وحينئذٍ ساوَتْ هذه التّرجَمةُ ترجَمةَ الروضةِ وأصلِها ببابِ مَوانِعِ النّكاحِ ومنها اختلافُ الجنسِ فلا يصحُّ لإنسيٍّ نِكاحُ جِنّيّةٍ وعكسُه كما عليه أكثرُ المُتأخِّرين خلافًا للقَموليِّ وآخرين لأنّ اللّهَ تعالى امتَنّ علينا بجَعْلِ الأزْواجِ من أنْفُسِنا لِيَتِمَّ السُّكونُ إليها والتّأنُّسُ بها وذلك يستَلْزِمُ ما ذُكِرَ وإلا لَفاتَ ذلك الامتنانُ وفي حديثٍ فيه ابنُ لَهيعةَ وحديثُه حَسَنٌ (نَهى رَسولُ اللّه ﷺ عن نِكاحِ الجِنِّ) وعلى الثاني يَثْبُتُ سائِرُ أحكامِ النّكاحِ لكن بالنّسبةِ للإنسيِّ فقط فيما يظهرُ لأنّهم وإنْ كلِّفوا بفُروعِ شَريعَتنا إجماعًا معلومًا من الدِّينِ بالضّرورةِ لَكِنّا لا نَدْري تَفاصيلَ تَكاليفِهم نعم، ظاهرُ كلامِ أئِمَّتنا أنّ العبرةَ في الإنسيّين إذا اختلف مُقَلِّدُهما وتعارَضَ غَرَضاهما ولم يترافعا لِحاكِمٍ باعتقادِ الزوجِ لا الزوجةِ فيُمْكِنُ أنْ يَجْريَ ذلك هنا إنْ أمكنَ فإنْ قُلْت: ما ذُكِرَ فيما إذا اختلف اعتقادُهما فرَأى حِلَّ الوطءِ وهي حرمَتَه أنّها تُمَكِّنُه يُنافيه ما يأتي في مسائِلِ الشّذْيَين أنّ له الطّلَبَ وعليها الهرَبَ قُلْت: لا يُنافيه لأنّ ذاك كما دَلَّ عليه كلامُهم ثَمَّ في ظاهرٍ يُحَرِّمُها عليه في اعتقادِهما وباطِنٍ لا يُحَرِّمُها عليه في اعتقادِهما ويُؤَيِّدُه قولُهم لو صَدَّقته جازَ لها تمكينُه ثمّ رأيت ما يُؤَيِّدُ ذلك أو يُصَرِّحُ به وهو ما في قواعِدِ الزّركشيّ من أنّ لِلزوجِ غيرِ الحنفيِّ مَنْعَ

تَحْرُمُ الأُمَّهاتُ، ....

زوجَته الحنَفيَّةِ من تَناوُلِ نَبيذٍ تعتَقِدُ إباحَتَه رِعايَةً لِحَقِّه ا هـ فإنْ قُلْت لا تأييدَ فيه لأنّ مَنْعَها من ذلك لا يلزمُ عليه ارتكابُها مُحَرَّمًا في اعتقادِها بخلافِ نحوِ وطْءِ حَنَفيٍّ شافِعيّةً بعدَ انقطاعِ الحيضِ وقبلَ الغُسلِ، قُلْت: تمكينُها له - حيثُ اعْتُبِرَ اعتقادُه - قهريٌّ عليها فلا حرمةَ فيه حتى في اعتقادِها والكلامُ في نحوِ التّمَتُّعِ وما يحصُلُ به نحوُ النُّشوزِ والتَّقَذُّرِ المُنافي لِكمالِ التّمَتُّعِ لا فيما عدا ذلك مِمّا يترَتَّبُ عليه ضَرَرُها الذي لا يُحْتَمَلُ ككونِه مالِكيًّا يَمَسُّ الكلْبَ رَطْبًا ثمّ يُريدُ مَسَّها وهي شافِعيّةٌ فيُمْنَعُ من ذلك لأنّه لا حاجةَ به إليه مع سُهولةِ إزالَته .

(فائِدةٌ) الجِنُّ أجسامٌ هَوائيّةٌ أو ناريّةٌ أي يَغْلِبُ عليهم ذلك فهم مُرَكَّبون من العناصِرِ الأربَعةِ كالملائِكةِ على قولٍ وقيلَ: أرواحٌ مُجَرَّدةٌ وقيلَ نُفوسٌ بَشَريّةٌ مُفارِقة عن أبدانِها وعلى كلٍّ فلَهم عُقولٌ وفَهْمٌ ويقدِرون على التّشَكُّلِ بأشكالٍ مختَلِفة وعلى الأعمالِ الشّاقة في أسرَعِ زَمَنٍ وصَحَّ خبرُ أنّهم ثلاثةُ أصنافٍ ذَوو أجنِحةٍ يَطيرون بها وحَيّاتٍ وآخرون يَحِلّون ويَظْعَنون ونوزِعَ في قُدْرَتهم على التّشَكُّلِ باستلْزامِه رَفْعَ الثّقة بشيءٍ فإنّ مَنْ رَأى ولو ولَدَه يُحْتَمَلُ أنّه جِنّيٌّ تَشَكَّلَ به ويُرَدُّ بأنّ اللّهَ تعالى تَكَفَّلَ لهذه الأُمّةِ بِعِصْمَتها عن أنْ يقعَ فيها ما يُؤَدّي لِمثلِ ذلك المُتَرَتِّبِ عليه الرّيبةُ في الدّينِ ورَفْعُ الثّقة بعالِمٍ وغيرِه فاستَحالَ شرعًا الاستِلْزامُ المذكورُ قال الشافعيُّ رضي الله عنه ومَنْ زعم أنّه رَآهم رُدَّتْ شَهادَتُه وعُزِّرَ لِمُخالفته القُرآنَ وكان المُصَنِّفُ أُخِذَ منه قولُه مَنْ مَنَعَ التّفْضيلَ بين الأنبياءِ عُزِّرَ لِمُخالفته القُرآنَ وحَمَلَ بعضُهم كلامَ الشافعيِّ على زاعِمِ رُؤْيةَ صوَرِهم التي خُلِقوا عليها ولَمّا عَرَّفَ البيْضاويُّ الجِنّ في تفسيرِ ﴿قُلْ أُوحِيَ﴾ [الجن:١] بنحوِ ما مَرَّ قال وفيه دليلٌ على أنّه ﷺ ما رَآهم ولم يقرَأ عليهم وإنّما اتَّفَقَ حُضورُهم في بعضِ أوقات قِراءَته فسَمِعوها فأخبَرَه اللّه تعالى بذلك ا هـ وكأنّه لم يَطَّلِعْ على الأحاديثِ الصّحيحةِ الكثيرةِ المُصَرِّحةِ برُؤْيَته ﷺ لهم وقِراءَته عليهم وسُؤالِهم منه الزّادَ لهم ولِدَوابِّهم على كيْفيّاتٍ مختَلِفة ولا يسقُطُ عَنّا ما كُلِّفْنا به من نحوِ إقامةِ الجُمُعةِ أو فُروضِ الكِفايات بفعلِهم لِما مَرَّ أنّهم وإنْ أُرْسِلَ إليهم ﷺ وكُلِّفوا بشرعِه إجماعًا ضَروريًّا فيُكَفَّرُ مُنْكِرُه لهم تكاليفُ اخْتُصّوا بها لا تُعْلَمُ تَفاصيلُها ولا يُنافي هذا إجراءَ غيرِ واحدٍ عليهم بعضَ الأحكامِ كانعِقادِ الجُمُعةِ بهم معنا وصحّةِ إمامَتهم لَنا والجمهورُ على أنّ مُؤْمِنيهم يُثابون ويدخلون الجنّةَ وقولُ أبي حَنيفة واللّيْثِ لا يدخلونَها وثوابُهم النّجاةُ من النّارِ بالَغوا في رَدِّه على أنّه نُقِلَ عن أبي حَنيفة أنّه أخذَ دخولَهم من قوله تعالى ﴿لَمْ يَطْمِثْهُنَّ إِنسٌ قَبْلَهُمْ وَلَا جَآنٌّ﴾ [الرحمٰن:٥٦] ومنها غيرُ ذلك، وَهو إمّا مُؤَبَّدٌ وإمّا غيرُه وأسبابُ المُؤَبَّدِ قرابةٌ ورَضاعٌ ومُصاهَرةٌ لِآيةِ النّساءِ ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء:٢٣] مع آيةِ الأحزابِ ﴿وَبَنَاتِ عَمِّكَ﴾ [الأحزاب:٥٠] إلى آخرِهما وأخصَرُ ضابِطٍ للقرابةِ أنّه يُحَرَّمُ جميعُ مَنْ شَمِلَتْه ما عدا ولَدَ العمومةِ وولد الخُؤولةِ فحينئذٍ (تَحرُمُ الأُمَّهاتُ) أي نِكاحُهُنّ وكذا جميعُ ما يأتي إذِ الأعيانُ لا توصَفُ بحِلٍّ ولا حرمةٍ على الأصحِّ وقيلَ التقديرُ وطْؤُهُنّ فيُحَدُّ بوَطْءِ مملوكته المحرَمِ

وكُلُّ مَنْ ولَدَتْك أو ولَدَتْ مَنْ ولَدَكَ فَهيَ أُمُّك، والبناتُ، وكُلُّ مَنْ ولَدْتَها أو ولَدْتَ مَنْ ولَدَها فَبِنْتُك. قُلْت: والمخْلوقةُ من زِناه تَحِلُّ له، ويَحْرُمُ على المرْأةِ ولَدُها من زِنًا، واللَّه أعْلمُ، والأَخَواتُ وبَناتُ الإخوةِ والأَخَواتِ، والعمّاتُ والخالاتُ، وكُلُّ مَنْ هيَ أُخْتُ ذَكَرٍ ولَدَكَ فَعمَّتُك، أو أُخْتُ أُنْثى ولَدَتْك فَخالَتُك.

على هذا إذْ لا شُبهةَ بعدَ النَّصِّ على تَحْريم الوطءِ دون الأوّلِ والخلافُ في غيرِ الأُمِّ فهي يُحَدُّ بوَطْئِها اتّفاقًا إذْ لا يُتَصَوَّرُ وطْؤُها وهي مملوكةٌ هذا حاصِلُ ما ذكرَه الزّركشيُّ وفيه نَظَرٌ ظاهرٌ لأنّ الإجماعَ على تَحْريمِ الوطءِ مُطْلَقًا المعلوم ضَرورةً بمنزلةِ النّصِّ عليه بل أقوى وقد صرحوا بنفيِ الحدِّ مع ذلك فاقتضى ضَعْفَ ذلك التّفْريعِ كما أطلقَه في الأُمِّ إذْ يُتَصَوَّرُ ملكُ ولَدِها لها كالمُكاتَبِ (وكلُّ مَنْ ولَدَتْك أو ولَدَتْ مَنْ ولَدَك) وهي الجدّةُ من الجهتَين وإنْ عَلَتْ (فهي أُمُّك) حَقيقة عندَ عدم الواسِطةِ ومَجازًا عندَ وجودِها على الأصحِّ وحرمةُ أزْواجه ﷺ لِكونِهِنّ أُمّهات المُؤْمِنين في الاحترامِ فهي أُمومةٌ غيرِ ما نحن فيه، (والبناتُ) ولو احتمالاً كالمنفيّةِ باللِّعانِ ومن ثَمَّ لو أكذَبَ نفسَه لَحِقته ومع النّفْيِ لا يَثْبُتُ لها من أحكامِ النّسَبِ سِوَى تَحْريم نِكاحِها على الأوجَه سواءٌ في تَحْريمِه أعُلِمَ دخولُه بأُمِّها أم لا ومَنْ عَبَّرَ بقولِه وإنْ لم يدخلْ بأُمِّها أرادَ ذلك إذْ لو عُلِمَ عدمُ دخولِه بها لم تَلْحَقْه فلا يُحْتاجُ لِنفيِ (وكلُّ مَنْ ولَدْتَها أو ولَدَتْ مَنْ ولَدَها) وإنْ سفَلَ (فهي بنتُك) حَقيقة ومَجازًا نظيرُ ما مَرَّ.

(قُلْت والمخلوقة من) ماءِ (زِناه تَحِلُّ له) لأنّها أجنَبيّةٌ عنه إذْ لا يَثْبُتُ لها تَوارُثٌ ولا غيرُه من أحكامِ النّسَبِ وقيلَ: تُحَرَّمُ إنْ أخبرَه نَبِيٌّ كعيسَى وقتَ نُزولِه بأنّها من مائِه ويُرَدُّ بأنّ الشّارِعَ قطَعَ نِسبَتَها عنه كما تقرّر فلا نَظَرَ لِكونِها من ماءِ سِفاحِه نعم، يُكْرَه له نِكاحُها للخلافِ فيها.

(ويَحْرُمُ على المرأةِ) وعلى سائِرِ مَحارِمِها (ولَدُها من زِنًا واللَّه أعلمُ) إجماعًا لأنّه بعضُها وانفَصَلَ منها إنسانًا ولا كذلك المنيُّ ومن ثَمَّ أجمَعوا هنا على إرْثِه وبه اتَّضَحَ فرقُ البُلْقينيِّ بأنّه عُلِمَ تَصرُّفُ الشّارِعِ في نِسبةِ الولدِ للواطِئِ فلم يُثْبِتْها إلا بنِكاحٍ أو شُبهةٍ لا للموطوءةِ بل ألحَقَه بها في الكلِّ، (والأخَواتُ) من جِهةِ أبوَيْك أو أحدِهِما نعم، لو زَوَّجَه الحاكِمُ مجهولةً ثمّ استَلْحَقَها أبوه بشرطِه ولم يُصَدِّقْه هو ثَبَتَتْ أُخوَّتُها له وبَقيَ نِكاحُه نصٌّ عليه وبه تندَفِعُ مُخالَفَة جمعٍ فيه ومِمَّنْ جَرى على الأوّلِ العبّاديُّ وكذا القاضي مَرّةً قالوا وليس لَنا مَنْ ينكِحُ أختَه في الإسلامِ غيرَ هذا ولو أبانَها لم تَحِلَّ له وكذا لو استَلْحَقَ زوجَ بنته المجهولَ المجنون أو الصّغيرَ ولم يُصَدِّقْه هو بعدَ كمالِه على ما فيه مِمّا بيَّنْتُه في شرحِ الإرشادِ فراجِعْه.

(وبَناتُ الإخوةِ والأخواتِ. وإنْ سفَلْنَ، والعمّاتُ والخالاتُ وكلُّ مَنْ هي أختُ ذكرٍ ولَدَك) وإنْ عَلا من جِهةِ الأبِ أو الأُمِّ سواءٌ أختُه لأبوَيْه أو أحدِهِما (فعمَّتُك أو أختُ أنثى ولَدَتْك) وإنْ عَلَتْ من جِهةِ الأبِ أو الأُمِّ سواءٌ أختُها لأبوَيْها أو أحدِهِما (فخالَتُك) وعُلِمَ مِمّا مَرَّ أنّ الأخصَرَ من هذا كلِّه أنْ يُقال: يُحَرَّمُ كلُّ قريبٍ إلا ما دخل في ولَدِ العمومةِ أو الخُؤولةِ.

وَيَحْرُمُ هَؤُلاءِ السّبْعُ بالرّضاعِ أيْضًا، وكُلُّ مَنْ أرضَعَتْك أو أرضَعَتْ مَنْ أرضَعَتْك أو مَنْ وَلَدَكَ أو ولَدَتْ مُرْضِعَتَك أو ذا لَبَنِها فأُمُّ رَضاعٍ، وقِس الباقي ولا يَحْرُمُ عَلَيْك مَنْ أرضَعَتْ أخاك ونافِلَتَك، ولا أُمُّ مُرْضِعةِ ولَدِك وبِنْتُها ولا أُخْتُ أخيك: من نَسَبٍ ولا رَضاعٍ وهي أُخْتُ أخيك لأبيك لأُمّه وعَكْسُه، ....

(ويَحرُمُ هَؤُلاءِ السّبْعُ بالرّضاعِ أيضًا) أي كما حُرِّمْنَ بالنّسَبِ لِلنّصّ على الأُمّهات والأخوات في الآيةِ وللخبرِ المُتّفَقِ عليه «يحرُمُ من الرّضاعِ ما يحرُمُ من النّسَبِ» وفي رِوايةٍ «ما يحرُمُ من الوِلادةِ» (وكلُّ مَن أرضَعَتك أو أرضَعَتْ مَن أرضَعَتك أو) أرضَعَتْ (مَن ولَدَك) ولو بواسِطةٍ (أو ولَدَتْ مُرضِعَتَك أو) ولَدَتْ أو أرضَعَتْ (ذا) أي صاحِبَ (لَبَنِها) شرعًا كحَليلِ المُرْضِعةِ الذي اللّبَنُ له وإنْ ولَدَتْه بواسِطةٍ (فأُمُّ رَضاعٍ وقِس) بذلك (الباقيَ) من السّبْعِ المُحَرَّمةِ بالرّضاعِ فالمُرْتَضِعةُ بلَبَنِك أو بلَبَنِ فرعِك ولو رَضاعًا وبنتُها كذلك وإنْ سفَلَتْ بنتُ رَضاعٍ، والمُرْتَضِعةُ بلَبَنِ أبيك أو أُمّك ولو رَضاعًا ومولودةُ أحدِهما رَضاعًا أختُ رَضاعٍ، وبنتُ ولَدِ المُرْضِعةِ أو الفحْلِ نَسَبًا أو رَضاعًا وإنْ سفَلَتْ ومُرْتَضِعةٌ بلَبَنِ أخيك أو أختك وبنتها نَسَبًا أو رَضاعًا وإنْ سفَلَتْ وبنتُ ولَدٍ أرضَعَتْه أُمُّك أو ارتَضَعَ بلَبَنِ أبيك نَسَبًا أو رَضاعًا وإنْ سفَلَتْ بنتُ أخٍ أو أختِ رَضاعٍ، وأختُ فحْلٍ أو مُرْضِعةٍ وأختُ أصلِهما نَسَبًا أو رَضاعًا ومُرْتَضِعةٌ بلَبَنِ أصلٍ نَسَبًا أو رَضاعًا عَمّةُ رَضاعٍ أو خالَتُه.

(ولا تُحَرَّمُ عليك مَن أرضَعَتْ أخاك) أو أختَك وإنّما حُرِّمت أُمُّ أخيك نَسَبًا لأنّها أُمُّك أو موطوءةُ أبيك (و) لا مَنْ أرضَعَتْ (نافِلَتَك) أي ولَدَ ولَدِك لأنّها كالتي قبلها أجنَبيّةٌ عنك وحُرِّمت أُمُّه نَسَبًا لأنّها بنتٌ أو موطوءةُ ابنٍ (ولا أُمُّ مُرْضِعةِ ولَدِك) لِذلك وهي نَسَبًا أُمُّ موطوءَتك (وبِنتُها) أي المُرْضِعةِ لِذلك وهي نَسَبًا بنتٌ أو رَبيبةٌ فعُلِمَ أنّ هذه الأربَعةَ لا تُستَثْنَى من قاعِدةِ يحرُمُ من الرّضاعِ ما يحرُمُ من النّسَبِ لِما عَلِمْتَ أنّ سبَبَ انتفاءِ التحريم عنهُنّ رَضاعًا انتفاءُ جِهةِ المحرَميّةِ نَسَبًا فلِذا لم يستَثْنِها كالمُحَقِّقين فاستثناؤُها في كلامِ غيرِهم صوريٌّ وزيدَ عليها أُمُّ العمِّ وأُمُّ العمّةِ وأُمُّ الخالِ وأُمُّ الخالةِ وأخُ الابنِ فهَؤُلاءِ أيضًا يُحَرَّمْنَ نَسَبًا لا رَضاعًا لِما تقرّر وصورةُ الأخيرةِ امرَأةٌ لها ابنٌ ارتَضَعَ من أجنَبيّةٍ ذاتِ ابنٍ فلها نِكاحُ أخي ابنِها رَضاعًا وإنْ حُرِّمَ نَسَبًا لِكونِه ابنَها أو ابنَ زوجِها وهي من هذه الحيثيّةِ غيرُ أُمِّ الأخِ المذكورةِ في المتنِ.

و(لا يُحَرَّمُ عليك أيضًا (أختُ أخيك) الذي مِن النّسَبِ أو الرّضاعِ (بنَسَبٍ ولا رَضاعٍ) مُتعلّقٌ بأختٍ بدليلِ قولِه (وهي) نَسَبًا (أختُ أخيك لأبيك لأمّه) بأنْ كان لأمِّ أخيك لأبيك بنتٌ من غيرِ أبيك (وعكسُه) أي أختُ أخيك لأُمّك لأبيه بأنْ كان لأبي أخيك لأُمّك بنتٌ من غيرِ أُمّك ورَضاعًا أختُ أخيك لأبٍ أو أُمٍّ رَضاعًا بأنْ أرضَعَتْهما أجنَبيّةٌ عنك.

(فرع): ادّعَتْ أمةٌ أنّها أختُه رَضاعًا فإنْ كان قبلَ أنْ يملكها حُرِّمت عليه وكذا بعدَه وقبلَ التمكينِ بل وبعدَ تمكينٍ مع نحوِ صِغَرٍ كما هو ظاهرٌ بخلافِه بعدَ تمكينٍ مُعتَبَرٍ إلا إن ادّعَتْ غَلَطًا أو نِسيانًا

وَتَحْرُمُ زَوْجَةُ مَنْ ولَدْتَ أو ولَدَكَ من نَسَبٍ أو رَضاعٍ وأُمَّهاتُ زَوْجَتِك منهما وكذا بَناتُها إنْ دَخَلْتَ بها، ....

أخذًا مِمّا في الروضةِ قُبَيْلَ الصّداقِ أنّ الزوجةَ لو ادَّعَتْ ذلك قبلَ قولِها بالنّسبةِ لِتَحْليفِه على نفيِه أي فإنْ نَكلَ حُلِّفت وانفسَخَ النّكاحُ وبِخلافِ ما لو ادَّعَتْ أنّها أختُه نَسَبًا وفُرِّقَ بأنّ النّسب لا يَثْبُتُ بقولِ النّساءِ بخلافِ الرّضاعِ فكذا التحريمُ به ويُؤَيِّدُه إطلاقُ الروضةِ وغيرِها أنّ أمَتَه لو مَنَعَتْه وقالتْ وطِئَني نحوُ أبيك قُبِلَ قولُه بيَمينِه لأنّ الأصلَ عدمُ وطْئِه ا هـ فهذا مثلُ النّسَبِ بجامِعِ أنّ كلًّا لا يَثْبُتُ بقولِ النّساءِ فلا يَثْبُتُ بقولِها بخلافِ الرّضاعِ وبهذا المذكورِ عن الروضةِ وغيرِها الشّامِلِ لِما إذا مَكَّنَتْه أو لا يندَفِعُ إلحاقُ بعضِهم دعوَى وطْءِ نحوِ الأبِ بالرّضاعِ في تفصيلِه المذكورِ، (ويُحَرَّمُ) عليك بالمُصاهَرةِ (زوجةُ مَنْ ولَدْتَ) وإنْ سفَلَ من نَسَبٍ أو رَضاعٍ (أو ولَدَك) وإنْ عَلا (من نَسَبٍ أو رَضاعٍ) لقوله تعالى ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء :٢٣] ومَنْطوقُ خبرِ يحرُمُ من الرّضاعِ السّابِقِ يُعَيِّنُ حملَ «من أصلابِكم» على أنّه لإخراجِ زوجةِ المُتَبَنّى دون ابنِ الرّضاعِ ولِقولِه تعالى ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء :٢٢].

(و) يُحَرَّمُ عليك (أُمَّهاتُ زوجَتِك منهما) أي النّسَبِ أو الرّضاعِ ولو لِطِفْلةٍ طَلَّقْتها وإنْ عَلون وإنْ لم تَدْخُلْ بها لإطلاقِ قوله تعالى ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ﴾ [النساء :٢٣] وحِكْمَتُه ابتلاءُ الزوجِ بمُكالَمَتها والخلْوةِ بها لِترتيبِ أمرِ الزوجةِ فحُرِّمت كسابِقَتَيْها بنفسِ العقدِ ليتمَكَّنَ من ذلك ولا كذلك البنتُ نعم، يُشْتَرَطُ حيثُ لا وطْءَ صِحّةُ العقدِ لأنّ الفاسِدَ لا حرمةَ له ما لم ينشَأ عنه وطْءٌ أو استدخالٌ لأنّه حينئذٍ وطْءُ شُبهةٍ واستدخالٌ وهو مُحَرِّمٌ كما يأتي (وكذا بَناتُها) أي زوجَتك ولو بواسِطةٍ سواءٌ بَناتُ ابنِها وبَناتُ بنتِها وإنْ سفَلْنَ (إنْ دَخَلْتَ بها) بأنْ وطِئْتَها في حياتها ولو في الدُّبُرِ وإنْ كان العقدُ فاسِدًا وكذا إن استَدْخَلَتْ ماءَك المُحْتَرَمَ في حالِ نُزولِه وإدْخالِه إذْ هو كالوطءِ في أكثرِ أحكامِه في هذا البابِ وغيرِه لقوله تعالى ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾ [النساء :٢٣] الآيةَ ولم يُعَدْ «دَخلْتُم» لأُمَّهات نِسائِكُم أيضًا وإن اقتضتْه قاعِدةُ الشافعيِّ من رُجوعِ الوصْفِ ونحوِه لِسائِرِ ما تَقَدَّمَه لأنّ مَحَلَّه إن اتَّحَدَ العامِلُ وهو هنا مختَلِفٌ إذْ عامِلُ نِسائِكُم الأولى الإضافة والثانيةِ حرفُ الجرِّ ولا نَظَرَ مع ذلك لاتِّحادِ عَمَلِهِما خلافًا لِلزَّرْكشيِّ لأنّ اختلافَ العامِلِ يَدُلُّ على استقلالِ كلٍّ بحكمٍ ومُجَرَّدُ الاتِّفاقِ في العمَلِ لا يَدُلُّ على ذلك كما هو واضِحٌ، وذِكْرُ الحُجورِ للغالِبِ فلا مفهومَ له.

(تنبيهٌ) لم يُنَزِّلوا الموتَ هنا منزلةَ الوطءِ بخلافِه في الإرثِ وتقريرِ المهرِ ويوَجَّه بأنّ التنزيلَ هنا يلزمُ عليه أنّ العقدَ مُحَرِّمٌ وهو خلافُ النّصِّ ولا كذلك ثَمَّ لِلنّصِّ فيه على أنّ الموتَ موجِبٌ للإرثِ والتقريرِ، وسِرُّه من جِهةِ المعنى أنّ المطلوبَ من البنت لو حَلَّت الوطءُ وتَوابِعُه فلم يُحَرِّمْه إلا ما هو من جنسِه في الأمِّ لإمكانِه وعدلوا عن ذلك في الأُمَّهات لِما مَرَّ، والمقصودَ فيهما المالُ ولا جنسَ له فأُديرَ الأمرُ فيه على مُقَرِّرٍ لِموجِبه الذي هو العقدُ وهو الموتُ أو الوطءُ المُؤَكِّدُ لِذلك الموجِبِ .

ومَنْ وطِئَ امرأةً بمِلْكٍ حَرُمَ عليه أُمَّهاتُها وبَناتُها وحَرُمَتْ على آبائِه وأبنائِه، وكذا الموْطوءةُ بشُبْهةٍ في حَقِّه، قيلَ أو لا حَقِّها، المزْنيِّ بها، وليستْ مُباشَرةٌ بشَهْوةٍ كَوطْءٍ في الأظْهَرِ

(مَنْ وطِئَ امرأةً) حَيَّةً وهو واضِحٌ (بملكٍ) ولو في الدُّبُرِ وإنْ كانت مُحَرَّمةً عليه أبدًا كما يأتي عن أصلِ الروضةِ (حَرُمَ عليه أُمَّهاتُها وبَناتُها وحُرِّمت على آبائِه وأبنائِه) إجماعًا وتَثبُتُ هنا المحرَميّةُ أيضًا (وكذا) الحيّةُ (الموطوءةُ) ولو في الدُّبُرِ (بشُبهةٍ) إجماعًا أيضًا لكن لا يَثْبُتُ بها محرَميّةٌ لِعدمِ الاحتياجِ إليها ثمّ المعتبَرُ هنا أي في تَحْريمِ المُصاهَرةِ وفي لُحوقِ النَّسَبِ ووجوبِ العِدّةِ أنْ تكونَ شُبهةً (في حَقِّه) كأنْ وطِئَها بفاسِدِ نِكاحٍ وكظَنِّها حَليلَتَه وكونِها مشتَرَكةً أو أمَةَ فرعِه وكوَطْئِها بجِهةٍ قال بها عالِمٌ يُعْتَدُّ بخلافِه وإنْ علِمتْ (قيلَ أو) توجَدُ شُبهةٌ في (حَقِّها) كأنْ ظَنّته حَليلَها أو كان بها نحوُ نَوْمٍ وإنْ علم فعلى هذا بأيِّهما قامت الشُّبْهةُ أثَّرَتْ نعم، المعتبَرُ في المهرِ شُبهتُها فقط ومنها أنْ توطَأَ في نِكاحٍ بلا وليٍّ وإن اعتقَدَت التحريمَ فليستْ مُستَثناةً خلافًا للبُلْقينيِّ لِما مَرَّ أنّ مُعتَقِدَ تَحْريمِه لا يُحَدُّ لِلشُّبْهةِ ولا أثَرَ لِوَطْءِ خُنثَى لاحتمالِ زيادةِ ما أولِجَ به أو فيه

(تنبيهٌ) مَرَّ أنّ الاستدخالَ كالوطءِ بشرطِ احترامِه حالةَ الإنزالِ ثمّ حالةَ الاستدخالِ بأنْ يكون لها شُبهةٌ فيه وحينئذٍ فيُشْكِلُ بتأثيرِ وطْءِ شُبهته وحدَه إلا أنْ يُجابَ بقوّةِ الوطءِ أو بأنّه في حالةِ الوطءِ تعارَضَ شُبهتُه وتعمُّدُها فغُلِّبَتْ شُبهتُه لأنّها أقوى لِكونِها أخرجَتْ ماءَه عن السِّفاحِ حالَ وُصولِه لِلرَّحِمِ وثَمَّ لا تعارُضَ حالَ الإدْخالِ فأثَّرَ علمُها بحرمَته ويُؤَيِّدُ ذلك قولُهم لا يَثْبُتُ بالاستدخالِ بشرطِه إلا النَّسَبُ والمُصاهَرةُ والعِدّةُ وكذا الرّجعةُ على المعتمدِ بخلافِ نحوِ الإحصانِ والتحليلِ، وغيرُ المُحْتَرَمِ كماءِ زِنا الزوجِ لا يَثْبُتُ به شيءٌ وقال البغَويّ يَثْبُتُ قياسًا على مَنْ وطِئَ زوجَتَه يَظُنُّ أنّه يَزْني بها وردّوه بأنّ هذا الوطءَ ليس بزِنًا في نفسِ الأمرِ بخلافِه في مسألتِنا ولِقوّةِ ذلك الإشكالِ اعتمد بعضُهم ما ليس بمُعتَمَدٍ وهو أنّه لا يُشْتَرَطُ الاحترامُ إلا في حالةِ الإنزالِ واستَدَلَّ بقولِ غيرِه لو أنْزَلَ في زوجَته فساحَقت بنتَه فحَبِلَتْ منه لَحِقَه الولدُ وكذا لو مَسَحَ ذكرَه بحَجَرٍ بعدَ إنْزالِه فيها فاستنجَتْ به أجنَبيّةٌ فحَبِلَتْ منه اهـ.

(تنبيهٌ آخرُ): أطلقَ جمعٌ مُتقَدِّمون حرمةَ وطْءِ الشُّبْهةِ وغيرُهم حِلَّه وكِلاهما عجيبٌ لأنّه إنْ أُريدَ شُبهةُ المحَلِّ كالمشترَكةِ فهو حرامٌ إجماعًا أو شُبهةُ الطّريقِ كأنْ قال بحِلِّه مجتهدٌ يُقَلَّدُ فإنْ قلَّدَه وُصِفَ بالحِلِّ وإلا فبالحرمةِ اتِّفاقًا فيهما بل إجماعًا أيضًا أو شُبهةُ الفاعِلِ كأنْ ظَنّها حَليلَتَه فهذا غافِلٌ وهو غيرُ مُكلَّفٍ اتِّفاقًا ومن ثَمَّ حُكيَ الإجماعُ على عدمِ إثمِه وإذا انتفَى تَكْليفُه انتفَى وصْفُ فعلِه بالحِلِّ والحرمةِ وهذا محمَلُ قولِهم وطْءُ الشُّبْهةِ لا يوصَفُ بحِلٍّ ولا حرمةٍ.

(لا المزْنيّ بها) فلا يَثْبُتُ لها ولا لأحَدٍ من أُصولِها وفُروعِها حرمةُ مُصاهَرةٍ بالزِّنا الحقيقيِّ بخلافِه من نحوِ مجنونٍ أو مُكْرَهٍ عليه لأنّ اللّهَ تعالى امتَنّ على عبادِه بالنَّسَبِ والصِّهْرِ ولأنّه لا حرمةَ له (وليستْ مُباشَرةٌ) بسببٍ مُباحٍ كمُفاخَذةٍ (بشهوةٍ كوَطْءٍ في الأظهرِ) لأنّها لا توجِبُ عِدّةً فكذا لا توجِبُ

ولو اخْتَلَطَتْ مَحْرَمٌ بِنِسْوةٍ قَرْيةٍ كَبيرةٍ نَكَحَ منهُنّ، لا بمَحْصوراتٍ، ولو طَرأ مُؤبَّدُ تَحْريمٍ على نِكاحٍ قَطَعَه كَوَطْءِ زَوْجَةِ ابنِه بشُبْهةٍ.

حرمةً قال الزّركشيُّ ويَرِدُ عليه لمسُ الأبِ أمةَ ابنِه فإنّها تُحَرَّمُ لِما له من الشُّبْهةِ في ملكِه بخلافِ لمسِ الزوجةِ ذكرَه الإمامُ ا هـ.

وفيه نَظَرٌ بل الذي دَلَّ عليه كلامُهم أنّه لا يُحَرِّمُ إلا وطْؤُه، (ولو اختَلَطَتْ محرَمٌ) بِنَسَبٍ أو رَضاعٍ أو مُصاهَرةٍ أو مُحَرَّمةٌ بسببٍ آخرَ كلِعانٍ أو تَوَثُّنٍ، ومنهم مَنْ تَكلَّفَ وضَبَطَ المتنَ بالضّمِّ وتَشْديدِ الرّاءِ ليشمَلَ ذلك (بِنِسوةِ قرْيةٍ كبيرةٍ) بأنْ كُنّ غيرَ محصوراتٍ (نَكَحَ) إنْ شاءَ (منهنّ) وإنْ قدَرَ بسُهولةٍ على مُتيَقَّنةِ الحِلِّ مُطْلَقًا خلافًا لِلسُّبْكيِّ رُخْصةً له من اللّه تعالى وحِكْمةُ ذلك أنّه لو لم يُبَحْ له ذلك رُبَّما انسَدَّ عليه بابُ النّكاحِ فإنّه وإنْ سافَرَ لِبَلَدٍ لا يأمَنُ مُسافرَتَها إليها وينكِحُ إلى أنْ يبقى محصورٌ على ما رجحه الرّويانيُّ وعليه فلا يُخالِفُه ترجيحُهم في الأواني أنّه يأخُذُ إلى بَقاءِ واحدةٍ لأنّ النّكاحَ يُحْتاطُ له أكثرَ من غيرِه وأمّا الفرقُ بأنّ ذاك يكفي فيه الظّنُّ فيُباحُ المظْنونُ مع القُدْرةِ على المُتيَقَّنِ بخلافِه هنا فغيرُ صحيحٍ لِما تقرّر من حِلِّ المشْكوكِ فيها مع وجودِ اللّواتي تَحِلُّ يقينًا ويأتي حِلُّ مُخَيَّرَته بالتحليلِ وانقضاءِ عِدَّتها وإنْ ظَنّ كذِبَها ومَرَّ في مَبْحَثِ الصّيغةِ ما له تعلُّقٌ بذلك على أنّ زَوالَ يقينِ اختلاطِ المحرَمِ بالنّكاحِ منهنّ يُضْعِفُ التقييدَ بالمحصورات ويُقَوّي القياسَ على الأواني وعدمَ النّظَرِ لِلاحتياطِ المذكورِ نعم، إنْ أُريدَ بالظّنِّ المُثْبَتُ ثَمَّ والمنفيُّ هنا النّاشِئُ عن الاجتهادِ قَرُبَتْ صحّةُ ذلك الفرقِ (لا بمحصوراتٍ) فلا ينكِحُ منهنّ فإنْ فعلَ بَطَلَ احتياطًا للأبضاعِ مع عدمِ المشَقةِ في اجتنابهنّ بخلافِ الأوّلِ ولا مَدْخَلَ لِلاجتهادِ هنا نعم، لو تَيَقَّنَ صِفة بمحرَمِه كسوادٍ نكَحَ غيرَ ذات السّوادِ مُطْلَقًا كما هو واضِحٌ واجتَنَبها إن انحصَرْنَ ثمّ ما عَسُرَ عَدُّه بمُجَرَّدِ النّظَرِ - كالألفِ - غيرُ محصورٍ وما سهُلَ - كالعِشْرينِ بل المِائةِ كما صرحوا به في بابِ الأمانِ وذكرَه في الأنوارِ هنا - محصورٌ وبينهما أوساطٌ تَلْحَقُ بأحدِهما بالظّنِّ وما يَشُكُّ فيه يستفتي فيه القلْبَ قاله الغزاليُّ والذي رجحه الأذرَعيُّ التحريمُ عندَ الشّكِّ لأنّ من الشُّروطِ العلمَ بحِلِّها واعتُرِضَ بقولِهم لو زَوَّجَ أمةَ مورِّثِه ظانًّا حياتَه فبانَ مَيِّتًا أو تَزَوَّجَتْ زوجةُ المفقودِ فبانَ مَيِّتًا صَحَّ ومَرَّ ما فيه في فصلِ الصّيغةِ وبحث الأذرَعيُّ كالسُّبْكيِّ في عِشْرين مثلاً من مَحارِمِه اختَلَطْنَ بغيرِ محصورٍ لَكِنّه لو قُسِّمَ عليهنّ صار ما يَخُصُّ كلًّا منهنّ محصورًا حرمةَ النّكاحِ منهنّ نَظَرًا لهذا التوزيعِ وخالفهما ابنُ العِمادِ نَظَرًا للجُمْلةِ وقال: إنّ الحِلَّ ظاهرُ كلامِ الأصحابِ وهو كما قال خلافًا لِمَنْ زعم أنّ كلامَه لا وجهَ له ولو اختَلَطَتْ زوجَتُه بأجنَبيّاتٍ لم يَجُزْ وطْءُ واحدةٍ منهنّ مُطْلَقًا لأنّ الوطءَ إنّما يُباحُ بالعقدِ دون الاجتهادِ. (ولو طَرأ مُؤبَّدُ تَحْريمٍ) بفتحِ الباءِ فهو من إضافة الصّفة للموصوفِ وبِكسرِها (على نِكاحٍ قطَعَه كوَطْءِ زوجةِ أبيه) بالباءِ أو النونِ كما ضَبَطَهما بخطِّه (بشُبهةٍ) وكوَطْءِ الزوجِ أُمَّ أو بنتَ زوجَتِه بشُبهةٍ فينفَسِخُ النّكاحُ إلحاقًا لِلدَّوامِ بالابتداءِ لأنّه معنًى يوجِبُ تَحْريمًا مُؤبَّدًا فإذا طَرأ قطعَ كالرّضاعِ

وَيَحْرُمُ جَمعُ المرأةِ وأُخْتِها أو عَمَّتِها أو خالَتِها من رَضاعٍ أو نَسَبٍ فإنْ جَمع بعَقْدٍ بَطَلَ، أو مُرَتَّبًا فالثّاني ....

وبهذا يَتَّضِحُ أنّه لا فرقَ بين كونِ الموطوءةِ محرَمًا للواطِئِ وغيرَها فلو وطِئَ بنتَ أخيه أو خالَته التي تحتَ ولَدِه بشُبهةٍ حُرِّمت على ولَدِه أبدًا كما يُصَرِّحُ به قولُ أصلِ الروضةِ لو وطِئَ أمَتَه المُحَرَّمةَ عليه بنَسَبٍ أو رَضاعٍ فإنْ قُلْنا لا يجبُ الحدُّ أي وهو الأصحُّ ثَبَتَت المُصاهَرةُ فقولُ غيرِ واحدٍ لا تُحَرَّمُ كما قاله ابنُ الحدّادِ ومَنْ تَبِعَه ضعيفٌ وزَعْمُ أنّ المتنَ يُفيدُه ليس في مَحَلِّه بل يَصْدُقُ بالمحرَمِ وغيرِه لأنّ المُصاهَرةَ التي أثبَتَها الشيخانِ مُؤَبِّدُ تَحْريمٍ طَرَأَ بوطْءِ الأبِ لِمحرَمِه على نِكاحِها فقطَعَه وحَرَّمَها أبدًا على ابنِه لأنّها موطوءةُ أبيه ولَقد بالَغَ بعضُهم في رَدِّ كلامِ ابنِ الحدّادِ فقال هو خَيالٌ باطِلٌ ومَنْ تَبِعَه غَفَلَ عَمّا تقرّر عن الشيخينِ وخرج بنِكاحٍ طُرُوُّه على مِلْكِ يَمينٍ كوَطْءِ أبٍ جاريةَ ابنِه فإنّها وإنْ حُرِّمت به على الابنِ أبدًا لا ينقطعُ به ملكُه حيثُ لا إحبالَ ولا شيءَ عليه بمُجَرَّدِ تَحْريمِها لِبَقاءِ الماليّةِ ومُجَرَّدُ الحِلِّ هنا غيرُ مُتقَوَّمٍ.

(ويُحَرَّمُ جمعُ المرأةِ وأختها أو عَمَّتها أو خالَتها من رَضاعٍ أو نَسَبٍ) ولو بواسِطةٍ لأبوَين أو أبٍ أو أُمٍّ ابتداءً ودَوامًا للآيةِ في الأختَين وللخبرِ الصّحيحِ في الباقي وحِكْمةُ ذلك كما فيه أنّه يُؤَدّي إلى قطيعةِ الرّحِم وإنْ رَضيَتْ بذلك فإنّ الطّبْعَ يتغيَّرُ وضَبَطوا مَنْ يُحَرَّمُ جمعُهما بكلِّ امرَأتَين بينهما قرابةٌ أو رَضاعٌ يُحَرِّمُ تَناكُحَهما لو قُدِّرَتْ إحداهما ذكرًا فخرج بالقرابةِ والرّضاعِ المُصاهَرةُ - فيَحِلُّ الجمعُ بين امرَأةٍ وأُمٍّ أو بنت زوجِها أو زوجةِ ولَدِها إذْ لا رَحِمَ هنا يُخْشَى قطعُه - والملكُ فيَحِلُّ الجمعُ بين امرَأةٍ وأمَتها بأنْ يتزَوَّجها بشرطِها الآتي ثمّ يتزوَّجَ سيِّدَتَها أو يكون قِنًّا وإنْ حُرِّمت كلٌّ بتقديرِ ذُكورةِ الأخرى إذِ العبدُ لا ينكِحُ سيِّدَته والسّيِّدُ لا ينكِحُ أمَتَه ويَحِلُّ الجمعُ أيضًا بين بنت الرّجُلِ ورَبيبَته وبين المرأةِ ورَبيبةِ زوجِها من امرَأةٍ أخرى وبين أخت الرّجُلِ من أُمِّه وأخته من أبيه إذْ لا تُحَرَّمُ المُناكحةُ بينهما بتقديرِ ذُكورةِ إحداهما.

(فإنْ جَمع) بين نحوِ أختَين (بعقدٍ) واحدٍ (بَطَلَ) النّكاحانِ إذْ لا مُرَجِّحَ (أو) بعقدَين يأتي هنا ما مَرَّ في نِكاحِ اثنين فإنْ وقَعا مَعًا أو عُرِفَ سبقٌ ولم تَتعيَّنْ سابِقة ولم يُرْجَ معرِفَتُها أو جُهِلَ السّبْقُ والمعيّةُ بَطلا أو وقَعا (مُرَتَّبًا) وعُرِفت السّابِقة ولم تُنْسَ (فالثاني) هو الباطِلُ إنْ صَحَّ الأوّلُ لأنّ الجمعَ حَصَلَ به فإنْ نُسيَتْ ورُجيَتْ معرِفَتُها وجَبَ التّوَقُّفُ حتى يتبيَّنَ والأوجه أنّه لا يُحْتاجُ لِفسخِ الحاكِمِ وأنّه لو أرادَ العقدَ على إحداهما امتنع حتى يُطَلِّقَ الأخرى بائنًا لاحتمالِ أنّها الزوجةُ فتَحِلُّ الأخرى يقينًا من غيرِ مَشَقة عليه في ذلك بوجهٍ أمّا إذا فسَدَ الأوّلُ فالثاني هو الصّحيحُ سواءٌ أعلم بذلك أم لا خلافًا للماوَرْديِّ ومن ثَمَّ تعقَّبَه الرّويانيُّ بقولِه وعندي ينعقِدُ نِكاحُ الثانيةِ بكلِّ حالٍ غايَتُه أنّه هَزَلَ بهذا العقدِ وهَزْلُ النّكاح جِدٌّ للحديثِ.

(تنبيهٌ) يأتي ما ذُكِرَ في جمعِ أكثرَ من أربعٍ وفيما إذا نكحَ عَشَرةً في أربعةِ عُقودٍ أربعًا وثلاثًا وثِنْتَين

ومَنْ حَرُمَ جَمعُهما بنِكاحٍ حَرُمَ في الوطْءِ بمِلْكٍ، لا مِلْكُهما فإنْ وطِئَ واحِدةً حَرُمَت الأُخْرَى حتّى يُحَرِّمَ الأولَى كَبَيْعٍ أو نِكاحٍ أو كِتابةٍ لا حَيْضٍ وإحْرامٍ، وكذا رَهْنٌ في الأصَحِّ، ولو مَلَكَها ثم نَكَحَ أُخْتَها أو عَكَسَ حَلَّت المنْكوحةُ دونَها.

وَللعبدِ امرأتانِ. وَللحُرِّ أربَعٌ فَقَطْ.

وواحدةً وجُهِلَ السّابِقُ فوَطِئَ بعضَهُنّ ومات من التّركةِ مُسَمَّى أربعٍ لأنّ في نِكاحِه أربعًا بيقينٍ يجبُ مهرُهُنّ وإنْ لم يدخلْ بهنّ ومهرُ مثلِ مَنْ دخل بهنّ لاحتمالِ أنّهُنّ من الزّائِدات على تلك الأربَعِ وما أخِذَ للمَدْخولِ بهنّ يُدْفَعُ لهنّ وللأربَعِ يوقَفُ بينهُنّ وبين الورثةِ إلى البيانِ أو الصُّلْحِ ولِذلك تفريعٌ طَويلٌ في الروضةِ وغيرِها فراجِعْه.

(ومَن حُرِّمَ جمعُهما بنِكاحٍ) كأختَين **(حُرِّمَ)** جمعُهما **(في الوطءِ بملكٍ)** لأنّه إذا حُرِّمَ العقدُ فالوطءُ أولى لأنّه أقوى و لأنّ التّقاطُعَ فيه أكثرُ **(لا ملكُهما)** إجماعًا لأنّ الملك قد يُقْصَدُ به غيرُ الوطءِ ولهذا جازَ له ملكُ نحوِ أخته **(فإنْ وطِئَ)** في فرجٍ واضِحٍ أو دُبُرٍ ولو مُكْرَهًا أو جاهِلًا **(واحدةً)** غيرَ مُحَرَّمةٍ عليه بنحوِ رَضاعٍ وإنْ ظَنّها تَحِلُّ له، وظاهرُ كلامِه أنّ الاستدخالَ هنا ليس كالوطءِ وهو مُتَّجَهٌ **(حُرِّمت الأخرى حتى يُحَرِّمَ الأولى)** لِئَلّا يحصُلَ الجمعُ المنهيُّ عنه ولا يُؤَثِّرُ وطْؤُها وإنْ حَبِلَتْ على الأوجَه تَحْريمَ الأولى إذِ الحرامُ لا يُحَرِّمُ الحلالَ ثمّ التحريمُ يحصُلُ بمُزيلِ الملكِ **(كبيعٍ)** وفي نُسَخٍ ببيعٍ وهي أوضَحُ ولو لِبعضِها إنْ لَزِمَ أو شُرِطَ الخيارُ فيه للمشتري، وهِبةٍ ولو لِبعضِها مع قبضِها بإذْنِه **(أو)** بمُزيلِ الحِلِّ نحوُ **(نِكاحٍ أو كِتابةٍ)** صحيحةٍ لارتفاعِ الحِلِّ فإنْ عادَ حِلُّ الأولى بنحوِ فسخٍ أو طلاقٍ قبلَ وطْءِ الثانيةِ تَخَيَّرَ في وطْءِ أيّتِهما شاءَ بعدَ استبراءٍ للعائِدةِ إنْ أرادَها أو بعدَ وطْئِها لم يَطَأْ العائِدةَ حتى يُحَرِّمَ الأخرى وعُلِمَ مِمّا مَرَّ أنّه لو مَلَكَ أُمًّا وبنتَها حُرِّمت إحداهما مُؤَبَّدًا بوطْءِ الأخرى **(لا حيضٍ وإحرامٍ)** ونحوِ رِدّةٍ وعِدّةٍ لأنّها أسبابٌ عارِضةٌ قريبةُ الزّوالِ **(وكذا رَهْنٌ)** مقبوضٌ **(في الأصحِّ)** لِبَقاءِ الحِلِّ لو أذِنَ له المُرْتَهِنُ.

(ولو مَلَكَها) أي امرَأةً وطِئَها أم لا **(ثمّ نَكَحَ أختَها)** أو عَمَّتَها أو خالَتَها الحُرّةَ أو الأمةَ بشرطِه **(أو عَكَسَ)** أي نكحَ امرَأةً ثمّ مَلَكَ نحوَ أختها أو تَقارَنَ الملكُ والنّكاحُ **(حَلَّت المنكوحةُ دونَها)** لأنّ فِراشَ النّكاحِ أقوى لِلُحوقِ الولدِ فيه بالإمكانِ ولا يُجامِعُه الحِلُّ للغيرِ بخلافِ فِراشِ الملكِ فيهما، **(وللعبدِ)** ولو مُبَعَّضًا **(امرَأتانِ)** لإجماعِ الصّحابةِ عليه و لأنّه على النّصفِ من الحُرِّ **(وللحُرِّ أربعٌ فقط)** للخبرِ الصّحيحِ أنّه ﷺ قال «**لِمَنْ أسلَمَ على أكثرَ من أربعٍ أمسِكْ أربعًا وفارِقْ سائِرَهُنّ**»[1] وكأنّ حِكمةَ هذا العددِ موافَقتُه لأخلاطِ البدَنِ الأربعةِ المُتَوَلِّدةِ عنها أنواعُ الشّهْوةِ المُستوفاةُ غالِبًا بهنّ قال

---

(١) [صحيح] أخرجه: الترمذي في (الجامع) [رقم/ ١١٢٨]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ١٩٥٣]، وابن حبان في (صحيحه) [رقم/ ٤١٥٧]، وغيرهم من حديث: ابن عمر رضي الله عنهما.

قلتُ: صحيح. وينظر: (إرواء الغليل) للألباني [رقم/ ١٨٨٣].

فإنْ نَكَحَ خمسًا مَعًا بَطَلْنَ أو مُرَتَّبًا فالخامِسةُ. وَتَحِلُّ الأُخْتُ، والخامِسةُ في عِدّةِ بائِنٍ لا رَجْعيّةٍ. وإذا طَلَّقَ الحُرُّ ثَلاثًا أو العبْدُ طَلْقَتَيْنِ لم تَحِلَّ له حتّى تَنْكِحَ، وتَغيبَ بقُبُلِها حَشَفَتُه أو قدرُها، ....

ابنُ عبدِ السّلامِ كانت شَريعةُ موسَى تُحَلِّلُ النّساءَ من غيرِ حَصْرٍ لِمَصْلَحةِ الرِّجالِ وشَريعةُ عيسَى ﷺ تمنَعُ غيرَ الواحدةِ لِمَصْلَحةِ النّساءِ فراعَتْ شَريعةُ نَبيِّنا ﷺ مَصْلَحةَ النّوْعَين وقد تَتعيَّنُ الواحدةُ كما مَرَّ في نِكاحِ السّفيه والمجنونِ، (فإنْ نَكَحَ) الحُرُّ (خمسًا) أو أكثرَ (مَعًا بَطَلْنَ) أي نِكاحُهُنّ إذْ لا مُرَجِّحَ ومن ثَمَّ لو كان فيهنّ مَنْ يُحَرِّمُ جمعُه بَطَلَ فيه فقط وصَحَّ في الباقيات إنْ كُنّ أربعًا فأقلَّ أو نحوُ مَجوسيّةٍ أو مُلاعَنةٍ أو أمةٍ بَطَلَ فيها فقط لِذلك (أو مُرَتَّبًا فالخامِسةُ) هي التي يَبْطُلُ فيها ويأتي هنا ما مَرَّ في جمعِ نحوِ الأختَين من بَقيّةِ الأقسامِ وكلامِ الماوَرْديِّ ومُقابِلِه ويأتي نظيرُ ذلك في جمعِ العبدِ ثلاثًا فأكثرَ. (وتَحِلُّ الأختُ) ونحوُها (والخامِسةُ) للحُرِّ والثالِثةُ لِغيرِه (في عِدّةِ بائِنٍ) لأنّها أجنَبيّةٌ منه (لا رجعيّةٍ) ومُتَخَلِّفة عن الإسلامِ ومُرْتَدّةٍ بعدَ وطْءٍ وقبلَ انقضاءِ العِدّةِ لأنّها في حكمِ الزوجات.

(وإذا طَلَّقَ) قبلَ الوطءِ أو بعدَه (الحُرُّ ثلاثًا والعبدُ) ولو مُبَعَّضًا (طَلْقَتين) وكان قِنًّا عندَ الثانيةِ وإلا كأنْ عُلِّقت بعتقِه ثَبَتَتْ له الثالِثةُ (و لم تَحِلَّ له) تلك المُطَلَّقة (حتى تنكِحَ) زوجًا غيرَه ولو كان صَبيًّا حُرًّا عاقِلًا أو عبدًا بالِغًا عاقِلًا كان أو مجنونًا بالنونِ أو خَصيًّا أو ذِمّيًّا في ذِمّيّةٍ لكن إنْ وطِئَ في نِكاحٍ لو تَرافَعوا إلينا أقرَرْناهم عليه وكالذِّمّيِّ نحوُ المجوسيِّ كما في الروضةِ لكن نوزِعَ فيه بأنّ الكِتابيَّ لا يَحِلُّ له نحوُ مَجوسيّةٍ وقضيّتُه أنّ نحوَ المجوسيِّ لا تَحِلُّ له كِتابيّةٌ وقد يُجابُ بأنّ كلامَ الروضةِ صريحٌ في حِلِّ ذلك فمُقابِلُه مَقالةٌ لا تَرِدُ عليه (وتَغيبَ) قيلَ: ينبغي فتحُ أوّلِه ليشمَلَ ما لو نزلتْ عليه أي أو انتفَى قصدُهما واحترَزَ بذلك عمّا لو ضُمَّ وبُنيَ للفاعِلِ فإنّه إنْ كان فوقيّةً أوهَمَ اشتراطَ فعلِها أو تحتيّةً أوهَمَ اشتراطَ فعلِه (بقُبُلِها حَشَفَتُه) ولو مع نَوْم ولو منهما مع زَوالِ بَكارَتها ولو غَوْراءَ على المعتمدِ وإنْ لَفَّ على الحشَفة خِرْقة كثيفة ولم يُنْزِلْ أو قارَنَها نحوُ حيضٍ أو صوم أو عِدّةِ شُبهةٍ عَرَضَتْ بعدَ نِكاحِه نعم، يأتي في مَبْحَثِ العُنّةِ أنّ بَكارةَ غيرِ الغوْراءِ لو لم تَزُلْ لِرقة الذّكرِ كان وطْئًا كامِلًا وأنّ هذا صريحٌ في إجزائِه في التحليلِ.

وما نُقِلَ عن ابنِ المُسيِّبِ من الاكتفاءِ بالعقدِ بتقديرِ صحّته عنه مُخالِفٌ للإجماعِ فلا يَجوزُ تقليدُه ولا الحكمُ به ويُنْقَضُ قضاءُ القاضي به وما أحسَنَ قولَ جمعٍ من أكابرِ الحنَفيّةِ إنّ هذا قولُ رَأسِ المعتزِلةِ بِشْرٍ المريسيِّ وأنّه مُخالِفٌ للإجماعِ وأنّ مَنْ أفتى به فعليه لَعْنةُ اللّه والملائكةِ والنّاسِ أجمَعين ولِبعضِ الحنَفيّةِ ما يُخالِفُ بعضَ ذلك وهو زَلّةٌ منه كنِسبَته لِلشّافِعيِّ ذلك فلا يُغْتَرُّ به (أو قدرُها) من فاقِدِها الذي يُرادُ تَغْييبُه فالعبرةُ بقدرِ حَشَفَته التي كانت دون حَشَفة غيرِه كما مَرَّ أوّلَ الغُسلِ المعلوم منه أنّ ما أوجَبَ دخولُه الغُسلَ أجزَأ هنا وما لا فلا ويُطَلِّقُها وتنقَضي عِدّتُها لقوله تعالى ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] أي ويَطَأها للخبرِ المُتَّفَقِ عليه «حتى تَذوقي عُسيلَته ويَذوقَ

بِشَرْطِ الانْتِشارِ، وصِحَةِ النِّكاحِ، وكَوْنِه مِمَّنْ يُمكِنُ جِماعُه لا طِفْلاً على المذْهَبِ فيهِنّ، ولو نَكَحَ بشَرْطِ إذا وطِئَ طَلَّقَ أو بانَتْ أو فلا نِكاحَ بَطَلَ، وفي التَّطْليقِ قولٌ.

عُسيلَتَكِ»[1] وهي عندَ الشافعيِّ وجُمْهورِ الفُقَهاءِ الجِماعُ لِخبرِ أحمَدَ والنّسائيِّ أنّه ﷺ فسَّرَها به سُمّيَ بذلك تَشبيهًا بالعسلِ بجماعِ اللّذّةِ أي باعتبارِ المظِنّةِ واكتُفيَ بالحشَفة لإناطةِ الأحكام بها نصًّا في الغُسلِ وقياسًا في غيرِه لأنّها الآلةُ الحسّاسةُ وليس الالتذاذُ إلا بها وقيسَ بالحُرّ غيرُه وشُرِعَ تنفيرًا عن الثلاثِ وخرج بتنكِحَ وطْءُ السّيِّدِ بالملكِ بل لو اشتراها المُطَلِّقُ لم تَحِلَّ له وبِقُبُلِها وطْءُ الدُّبُرِ وبِقدرِها أقَلُّ منه كبعضِ حَشَفة السّليم وكإدْخالِ المنيِّ (بشرطِ الانتشارِ) بالفعلِ وإنْ قلَّ أو أُعين بنحوِ أُصْبُعٍ وقولُ السُّبْكيِّ لم يشترِطْه بالفعلِ أحدٌ بل الشرطُ سلامتُه من نحوِ عُنّةٍ وشَلَلٍ رَدّوه بأنّه الصّحيحُ مذهبًا ودليلًا وليس لَنا وطْءٌ يتوقَّفُ تأثيرُه على الانتشارِ سِوَى هذا (وصحّةِ النّكاحِ) فلا يُؤَثِّرُ فاسِدٌ وإنْ وقَعَ وطْءٌ فيه لأنّ النّكاحَ في الآيةِ لا يتناوَلُه ومن ثَمَّ لو حَلَفَ لا ينكِحُ لم يحنَثْ به وإنّما لَحِقَ بالوطءِ فيه النّسَبُ ووَجَبَت العِدّةُ لأنّ المدارَ فيهما على مُجَرَّدِ الشُّبْهةِ وإنْ لم يوجَدْ نِكاحٌ أصلًا وعدمُ اختلالِه فلا يكفي وطْءٌ مع رِدّةِ أحدِهما أو في عِدّةِ طلاقٍ رجعيٍّ بأن استَدْخَلَتْ ماءً وإنْ راجَعَ أو أسلَمَ المُرْتَدُّ (وكونِه مِمَّنْ يُمْكِنُ جِماعُه) أي يُتَشَوَّفُ إليه منه عادةً لِما يأتي في غيرِ المُراهِقِ (لا طِفلًا) وإن انتشَرَ ذكرُه كما يُصَرِّحُ به المتنُ وغيرُه لأنّه لا أهليّةَ فيه لِذَوْقِ عُسيْلةٍ ومثلُه البنْدَنيجيُّ بابنِ سبعِ سِنين وقد يُؤْخَذُ منه ما ذكرْتُه في شرحِ الإرشادِ أنّ مَنِ اشتُهي طَبْعًا حَلَّلَ كما ينتَقِضُ الوُضوءُ بلمسِه ومَنْ لا فلا وأمّا ما اقتضاه كلامُ غيرِ البنْدَنيجيِّ من أنّ المُرادَ به غيرُ المُراهِقِ وهو مَنْ لم يُقارِب البُلوغَ فبَعيدٌ من عبارةِ المتنِ وغيرِه فإنْ قُلْت لِمَ لم يَضْبِطْ بالتمييزِ فقط قُلْت لأنّ التمييزَ غيرُ مَنْظورٍ إليه هنا لأنّ المجنون يُحَلِّلُ مع عدمِ تمييزِه فأُنيطَ بمَنْ من شَأنِه أنْ يتأهَّلَ للوَطْءِ وهو مَنْ مَرَّ وإنّما تَحَلَّلَتْ طِفْلةٌ لا يُمْكِنُ جِماعُها بجِماعِ مَنْ يُمْكِنُ جِماعُه لأنّ التنفيرَ المشروعَ لأجلِه التحليلُ يحصُلُ به دون عكسِه كما هو واضِحٌ فاندَفَع قياسُه عليه (على المذهبِ فيهنّ) أي الانتشارِ وما بعدَه، (ولو نَكَحَ) مُريدُ التحليلِ (بشرطٍ) وليِّها وموافَقَته هو أو عكسِه في صُلْبِ العقدِ (أنّه إذا وطِئَ طَلَّقَ أو) أنّه إذا وطِئَ (بانَتْ) منه (أو) أنّه إذا وطِئَ (فلا نِكاحَ) بينهما أو نحوُ ذلك (بَطَلَ) النّكاحُ لِمُنافاةِ الشرطِ فيهنّ لِمقتضى العقدِ وعلى ذلك حُمِلَ الحديثُ الصّحيحُ «لَعَنَ اللّه المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ له»[2] وعليه يُحْمَلُ أيضًا ما وقَعَ في الأنوارِ أنّه يحرُمُ على المُحَلِّلِ استدعاءُ التحليلِ (وفي التّطْليقِ قولٌ) أنّه لا يَضُرُّ شرطُه

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٢٤٩٦]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٣٣]، وغيرهما من حديث: عائشة رضي الله عنها.

(٢) [صحيح] أخرجه: أحمد في (مسنده) [١/ ٨٨]، وأبو داود في (سننه) [رقم/ ٢٠٧٦]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ١٩٣٥]، وغيرهم من حديث: علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

قلتُ: حديث صحيح. وينظر: (صحيح أبي داود) للألباني [رقم/ ١٨٢٧].

فَصْلٌ

لا يَنْكِحُ مَنْ يَملِكُها أو بعضَها، ولو مَلَكَ زَوْجَتَه أو بعضَها بَطَلَ نِكاحُه، ....

كما لو نكحها بشرطِ أنْ لا يتزوَّجَ عليها ويُجابُ بأنّ هذا شرطُ شيءٍ خارجٍ عن النّكاحِ لا يُنافي ذاتَه الموضوعَ هو لها ففَسَدَ دون العقدِ بخلافِ شرطِ الطّلاقِ وخرج بشرطِ ذلك إضمارُه فلا يُؤَثِّرُ وإنْ تَواطآ عليه قبلَ العقدِ لَكِنّه مَكروهٌ لأنّ كلَّ ما لو صُرِّحَ به أبطَلَ يُكرَه إضمارُه كما نصَّ عليه ويُكرَه تَزوُّجُ مَنِ ادَّعَت التحليلَ لِزَمَنِ إمكانٍ ولم يقعْ في قلْبه صِدْقُها وإنْ كذَّبها زوجٌ عَيَّنَتْه في النّكاحِ أو الوطءِ وإنْ صَدَّقْناه في نفيِه حتى لا يلزمَه مهرٌ أو نصفُه ما لم ينضَمَّ لِتَكْذيبه في أصلِ النّكاحِ تكْذيبُ الوليِّ والشُّهودِ كما في الروضةِ خلافًا لِلزَّرْكشيِّ والبُلْقينيِّ وإنْ نَقَله عن الزّازِ وغيرِه نعم، في التّهْذيبِ لو كذَّبها الزوجُ والشُّهودُ حَلَّتْ ولا يَرِدُ ذلك على الروضةِ لأنّه إنّما مَنَعَ عندَ تكْذيبِ الثلاثةِ دون اثنين منهم ومَرَّ أنّه يُقْبَلُ إقرارُها بالنّكاحِ لِمَنْ صَدَّقَها وإنْ كذَّبَها الوليُّ والشُّهودُ ولو أنكر الطّلاقَ صُدِّقَ ما لم يعلم الأوّلُ كذِبَه وإنّما قُبِلَ قولُها في التحليلِ مع ظَنِّ الزوجِ كذِبَها لِما مَرَّ أنّ العبرةَ في العُقودِ بقولِ أربابِها وأنّه لا عبرةَ بالظّنِّ إذا لم يكن له مُستَنَدٌ شرعيٌّ وقد غَلِطَ المُصَنِّفُ كالإمامِ المُخالِفِ في هذا ولكن انتصر له الأذرَعيُّ وأطالَ ولو كذَّبها ثمّ رجع قبلُ كما أفتى به القفّالُ ومَرَّ أنّها متى أقَرَّتْ للحاكِمِ بزوجٍ مُعَيَّنٍ لم يقبلها في فِراقِه إلا ببَيِّنةٍ وفي الجواهرِ لو أخبرَتْه بالتحليلِ ثمّ رجعتْ فإنْ كان قبلَ الدُّخولِ يعني قبلَ العقدِ لم تَحِلَّ أو بعدَه لم يرتَفع ولو اعترفَ الثاني بالإصابةِ وأنكرتْها لم تَحِلَّ أيضًا وفي الحاوي لو غابَ بزوجَته ثمّ رجع وزعم موتَها حَلَّ لأختها نِكاحُه بخلافِ ما لو غابَتْ زوجَتُه وأختُها فرجعتْ وزعمت موتَها لم تَحِلَّ له ا هـ، وكان الفرقُ أنّه عاقِدٌ فصُدِّقَ بخلافِ الأخت.

(تنبيهٌ): ظاهرُ ما تقرّر أنّ لِمُطَلِّقِها قبولَ قولِها بلا يَمينٍ وهو ظاهرٌ وقولُ شيخِنا بيَمينِها يُحمَلُ على ما لو تَزَوَّجَتْه فرُفِعا لِقاضٍ فادَّعَت التحليلَ الممكنَ فتُحَلَّفُ هي حينئذٍ ويُمَكِّنُه منها وكذا انقضاءُ العِدّةِ ومَرَّ أوّلَ فصلِ «لا تُزَوِّجُ امرأةٌ نفسَها» ما له تعلُّقٌ بما هنا

فصل في نِكاحِ مَنْ فيها رِقٌّ وتوابِعِه

(لا ينكِحُ مَنْ يملكُها) ولو مُستولَدةً ومُكاتَبَةً (أو) يملكُ (بعضَها) لِتَناقُضِ أحكامِ الملكِ والنّكاحِ إذِ الملكُ لا يقتضي نحوَ قسمٍ وطلاقٍ وملكِ زوجةٍ لِنفقتها لَكِنّه أقوى لأنّه يملكُ به الرّقَبةَ والمنفعةَ فثَبَتَ وسَقَطَ النّكاحُ الأضْعَفُ إذْ لا يقتضي ملك أحدِهما بل أنْ ينتَفِعَ بشيءٍ خاصٍّ نعم، فِراشُ النّكاحِ أقوى كما مَرَّ على أنّ التّرجيحَ هناك بين عَيْنَين وهنا بين وصْفَيْ عَيْنٍ فاتَّضَحَ الفرقُ ومملوكةُ مُكاتَبه كمملوكته لأنّه عبدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ وكذا. مملوكةُ فرعِه الموسِرِ لأنّه يلزمُه إعفافُه بخلافِ المُعْسِرِ ويَجوزُ للمرأةِ تَزَوُّجُ عبدِ فرعِها لأنّه لا يلزمُه إعفافُها كما يأتي (ولو مَلَك) هو أو مُكاتَبُه لا فرعُه لأنّ تعلُّقَ السّيِّدِ بمالِ مُكاتَبه أقوى منه بمالِ فرعِه (زوجَتَه أو بعضَها) ملكًا تامًّا (بَطَلَ نِكاحُه) لِما

ولا تَنْكِحُ مَنْ تَملِكُه أو بعضَهُ. وَلا الحُرُّ أمةَ غيرِه إلّا بشُروطٍ: أنْ لا يَكونَ تَحتَه حُرّةٌ تَصْلُحُ لِلاستِمتاعِ، قيلَ ولا غيرُ صالِحةٍ، وأنْ يَعْجِزَ عن حُرّةٍ ....

تقرّر أنّه أضْعَفُ وإنّما لم تنفَسِخْ إجارةُ عَيْنٍ بشرائِها لأنّه لا مُناقَضةَ بين ملكِ العين والمنفعةِ أمّا لو لم يَتِمَّ كأن اشتراها بشرطِ الخيارِ له ثمّ فسَخَ فإنّه يستَمِرُّ نِكاحُه كما نَقَله الماوَرْديُّ عن ظاهرِ النّصِّ والرّويانيُّ عن ظاهرِ المذهبِ وأقرَّه في المجموعِ واعتَمَدوه.

وإنْ قال الإمامُ والغزاليُّ: المشهورُ خلافُه لَكِنّ ما زعماه المشهورَ هو الوجه من حيثُ المعنى إذْ لا نُسَلِّمُ ضَعْفَ الملكِ كيف وهو يأخُذُ فوائِدَ المبيعِ ويُباحُ له وطْؤه من حيثُ الملكُ كما مَرَّ فأيُّ ضَعْفٍ فيه حتى يمنعَ الانفِساخَ وقد يُجابُ بأنّ الملكَ هنا طارِئٌ على ثابتٍ مُحقَّقٍ فلا بُدَّ من تمامِ سببِه حتى يقوَى على رَفْعِ ذلك الثابت وبالانفِساخِ في زَمَنِ الخيارِ زالَ السّببُ فضَعُفَ المُسَبَّبُ عن إزالةِ ذلك وبهذا فارَقَ حِلَّ الوطءِ وملك الفوائِدِ اكتفاءً بوجودِ السّبَبِ والمُسَبَّبِ عندَ وجودِهما لا غيرُ وكذا في عكسِه الذي تَضَمّنَه، قولُه: (ولا تنكِحُ) المرأةُ (مَنْ تملِكُه أو بعضَه) ملكًا تامًّا لِتَضادِّ أحكامِهما هنا أيضًا لأنّها تُطالِبُه بالسّفَرِ لِلشّرْقِ لأنّه عبدُها وهو يُطالِبُها به للغَرْبِ لأنّها زوجَتُه وعند تعذُّرِ الجمعِ يسقُطُ الأضْعَفُ كما مَرَّ.

وخرج بمَنْ تملِكُه عبدُ أبيها أو ابنِها فيَحِلُّ لها نِكاحُه على المعتمدِ خلافًا لأبي زُرْعَةَ وليس كتَزَوُّجِ الأبِ أمةَ ابنِه لِشُبهةِ الإعفافِ هنا لا ثَمَّ، ومُجَرَّدُ استِحْقاقِ النّفَقةِ في مالِ الأبِ أو الابنِ لا نَظَرَ إليه ومن ثَمَّ نَكحَ الولدُ أمةَ أبيه (ولا الحُرُّ) كلُّه (أمةَ غيرِه) ويَلْحَقُ بها فيما يظهرُ حُرّةٌ ولَدُها رَقيقٌ بأنْ أوصَى لِرجلٍ بحملِ أمَتِه دائِمًا فأعْتقَها الوارِثُ كما مَرَّ آخِرَ الوصيّةِ بالمنافِعِ بما فيه (إلا بشُروطٍ) أربعةٍ بل أكثرَ أحدُها: (أنْ لا تكون تحتَه حُرّةٌ) أو أمةٌ (تصلُحُ لِلاستمتاعِ) ولو كِتابيّةً لِلنّهْيِ عن نِكاحِ الأمةِ على الحُرّةِ وهو مُرْسَلٌ لَكِنّه اعْتُضِدَ ولا منه العنتُ المشترَطُ بنصِّ الآيةِ ومن ثَمَّ قيلَ لا حاجةَ لهذا الشرطِ مع قولِه وأنْ يَخافَ زِنًا، ويُرَدُّ بأنّا نَجِدُ كثيرًا مَنْ تحتَه صالِحةٌ لِذلك وهو يَخافُ الزّنا فاحتيجَ لِلتّصْريحِ بهما ولم يُغْنِ أحدُهما عن الآخرِ فالأحسَنُ التعليلُ بأنّ وجودَها أبلَغُ من استطاعةِ طَوْلِها المانِعِ بنصِّ الآيةِ والتقييدُ فيها بالمُحْصَنات أي الحرائِرِ المُؤْمِنات للغالِبِ أنّ المسلمَ إنّما يرغَبُ في حُرّةٍ مسلمةٍ وخرج بالحُرِّ كلِّه العبدُ والمُبَعَّضُ فله نِكاحُ الأمةِ لأنّ إرْقاقَ ولَدِه غيرُ عَيْبٍ (قيلَ: ولا غيرُ صالِحةٍ) لِلاستمتاعِ لِنحوِ عَيْبِ خيارٍ أو هَرَمٍ لِعمومِ النّهيِ السّابِقِ ولأنّه يُمْكِنُه الاستِغْناءُ بوَطْءِ ما دون الفرجِ وتَضعيفُه هذا كالجمهورِ من زيادَتِه عندَ جمعٍ وقال آخرون: إنّ أصلَه يُشيرُ لِذلك وآخرون: إنّ الذي فيه خلافُه والحقُّ أنّ عبارَتَه مُحتَمَلةٌ (و) ثانيها (أنْ يعجِزَ) بكسرِ الجيمِ على الأفصحِ (عن حُرّةٍ) ولو كِتابيّةً بأنْ لم يَفْضُلْ عَمّا معه أو مع فرعِه الذي يلزمُه إعفافُه مِمّا لا يُباعُ في الفطرةِ فيما يظهرُ ما يَفي بمهرِ مثلِها وقد طلبَتْه أو لم ترضَ إلا بزيادةٍ عليه وإنْ قُلْتَ: وقَدَرَ عليها نعم، لو وجد حُرّةً وأمةً لم يرضَ سيِّدُها إلا بأكثرَ من مهرِ مثلِ تلك الحُرّةِ ولم ترضَ هذه الحُرّةُ إلا

تَصلُحُ، قيلَ أو لا تَصلُحُ، فلو قَدَرَ على غائِبةٍ حَلَّتْ له أمةٌ إنْ لَحِقَه مَشَقّةٌ ظاهِرةٌ في قَصْدِها أو خافَ زِنًا مُدَّتَه، ....

بما طلبه السَّيِّدُ لم تَحِلَّ له الأمةُ أخذًا من النَّصِّ لِقُدرَته على أنْ ينكِحَ بصَداقِها حُرّةً وإنْ كان أكثرَ من مهرِ الحُرّةِ.

كذا قاله شارحٌ وفيه نَظَرٌ ظاهرٌ فإنّه مع مُنافاته لِكلامِهم يُعَدُّ مغبونًا بالزّيادةِ على مهرِ مثلِ الحُرّةِ ولا يُعَدُّ مغبونًا في الأمةِ إذِ المعتبَرُ في مهرِ مثلِها خِسّةُ السَّيِّدِ وشَرَفُه وقد يقتضي شَرَفُ السَّيِّدِ أنْ يكون مهرُ أمَته بقدرِ مهرِ حرائِرَ أُخَرَ فالوجه أنّه لا اعتبارَ بذلك (تصلُحُ) لِلاستمتاعِ وهل المُرادُ بصلاحيَتها هنا وفيما مَرَّ باعتبارِ طَبْعِه أو باعتبارِ العُرْفِ؟ كلٌّ مُحتَمَلٌ، ولِلنَّظَرِ فيه مَجالٌ وتمثيلُهم لِلصّالِحةِ بِمَنْ تحتَمِلُ وطْءً ولا بها عَيْبُ خيارٍ ولا هَرِمةٍ ولا زانيةٍ ولا غائِبةٍ ولا مُعتَدّةٍ يُرَجِّحُ الثانيَ وبه إنْ أُريدَ باحتمالِ الوطءِ ولو تَوَقُّعًا يُعْلَمُ أنّ المُتَحَيِّرةَ صالِحةٌ تمنَعُ الأمةَ لِتَوَقُّعِ شِفائِها ثمّ رأيت بعضَهم بحثه وبحث مَنْعَ نِكاحِ أمةٍ مُتَحَيِّرةٍ قال لِمَنْعِ وطْئِها شرعًا فلا تندَفِعُ بها حاجَتُه وفي التامِ هذينِ البحثَينِ نَظَرٌ ظاهرٌ فالأوجَه النَّظَرُ فيها للحالةِ الرّاهِنةِ فلا تُمْنَعُ الأمةُ ولا يَحِلُّ نِكاحُها لِما تقرّر ولأنّه الاحتياطُ فيهما. وبه يُفَرَّقُ بين هذا وعدمِ نَظَرِهم لها في خيارِ النّكاحِ وأيضًا فالفسخُ يُحتاطُ له ومن ثَمَّ لم يُلْحِقوا بأسبابه الخمسةِ الآتيةِ غيرَها مع وجودِ المعنى فيه وزيادةٍ (قيلَ أو لا تصلُحُ) نظيرُ ما مَرَّ ولِعدمِ حُصولِ الصّالِحةِ هنا لا ثَمَّ جَرى في الروضةِ في هذه على ما هنا وأطلقَ الخلافَ ثَمَّ ولم يُرَجِّحْ منه شيئًا.

(تنبيهٌ): ما تقرّر من إطلاقِ المعتدّةِ هو ما وقَعَ في كلامِ شارحٍ لكن في مفهومِه تفصيلٌ هو أنّ الرّجعيّةَ والمُتَخَلِّفة عن الإسلامِ والمُرْتَدّةَ بعدَ الوطءِ كالزوجةِ كما مَرَّ آنِفًا فلا تَحِلُّ له الأمةُ قبلَ انقضاءِ العِدّةِ وإنْ وُجِدَتْ فيه شُروطُها، والبائِنَ تَحِلُّ له في عِدَّتها الأمةُ كأختها وأربَعٍ سِواها ومثلُها الموطوءةُ بشُبهةٍ ومن ثَمَّ قال شيخُنا هنا: ولا مُعتَدّةٌ عن غيرِه أي بخلافِ المعتدّةِ منه فإنّ فيها التّفصيلَ السّابِقَ.

(فلو قدَرَ على) حُرّةٍ (غائِبةٍ حَلَّتْ له أمةٌ إنْ لَحِقَه مَشَقة ظاهرةٌ) وهي ما يُنْسَبُ مُتَحَمِّلُها في طَلَبِ زوجةٍ إلى مُجاوَزةِ الحدِّ (في قصْدِها أو خافَ زِنًا) بالاعتبارِ الآتي (مُدَّتَه) أي مُدّةَ قصْدِها وإلا لم تَحِلَّ له ولَزِمَه السّفَرُ لها إنْ أمكنَ انتقالُها معه لِبَلَدِه وإلا فكالعدمِ كما بحثه الزّركشيُّ لأنّ في تَكْليفِه التّغريبَ أعظَمَ مَشقة ولا يلزمُ قبولُ هِبةِ مهرٍ وأمةٍ للمِنّةِ.

(تنبيهٌ): أطلقوا أنّ غَيْبةَ الزوجةِ أو المالِ يُبيحُ نِكاحَ الأمةِ والأوّلُ مُشْكِلٌ بما تقرّر فيمَنْ قدَرَ على مَنْ يتزوَّجُها بالسّفَرِ إليها فينبغي أنْ يتأتّى فيها تفصيلُها والثاني مُشْكِلٌ بذلك التّفصيلِ أيضًا بما مَرَّ في قسمِ الصّدَقاتِ من الفرقِ بين المرْحَلَتَين ودونِهما وقد يُفَرَّقُ بأنّ الطّمعَ في حُصولِ حُرّةٍ لم يألفها يُخَفِّفُ العنتَ وبأنّ ما هنا يُحتاطُ له أكثرَ خَشيةً من الزّنا.

ولو وجدَ حُرّةً بمُؤَجّلٍ أو بدونِ مَهرِ المِثْلِ فالأَصَحُّ حِلُّ أمةٍ في الأولَى، دونَ الثّانيةِ، وأنْ يَخافَ زِنًا، ....

(فرع): في الوسيطِ للمُفْلِسِ نِكاحُ الأمةِ وحَمَله ابنُ الرِّفعةِ على غيرِ المحجورِ عليه قال لأنّ المحجورَ عليه مُتَّهَمٌ في دعواه خوفَ الزِّنا لأجلِ الغُرَماءِ ا هـ ويُؤْخَذُ منه أنّ هذا بالنّسبةِ لِلظّاهِرِ وأنّها تَحِلُّ له باطِنًا لِعَجْزِه وهو ظاهِرٌ.

(ولو وجد حُرّةً) ترضى (بمُؤَجّلٍ) ولم يَجِد المهرَ وهو يتوَقَّعُ القُدْرةَ عليه عندَ المحِلِّ ولو من جِهةٍ ظاهِرةٍ كما اقتضاه إطلاقُهم (أو بدونِ مهرِ مثلٍ) وهو يَجِدُه (فالأصحُّ حِلُّ أمةٍ في الأولى) لأنّه قد لا يَجِدُ وفاءً فتَصيرُ ذِمّتُه مَشْغولةً وإنّما وجَبَ شراءُ ماءٍ بنظيرِ ذلك كما مَرَّ في التّيَمُّمِ لأنّ الغالِبَ في الماءِ أنّه تافِهٌ يُقْدَرُ على ثمنِه من غيرِ كبيرِ مَشَقّة بخلافِ المهرِ وأيضًا فهو هنا يحتاجُ مع ذلك كلَفًا أُخَرَ كنفقةٍ وكِسوةٍ والغرَضُ أنّه مُعْسِرٌ فلم يُجْمع عليه بين ذلك كلِّه ولا يُكَلَّفُ بيعَ ما يبقى في الفطرةِ كما عُلِمَ مِمّا قدَّمْتُه آنِفًا ومنه ما صرحوا به هنا من مسكنِه وخادِمِه الذي يحتاجُ إليه ولو أمةً لا تَحِلُّ أو لا تصلُحُ وما اقتضتْه عبارةُ الروضةِ فيها محمولٌ على مَنْ لا يحتاجُها لِخِدْمةٍ نعم، يُتَّجَه في نحوِ خادِمٍ أو مسكنٍ نَفيسٍ قدَرَ على بيعِه وتَحْصيلِ خادِمٍ ومسكنٍ لائِقٍ ومهرِ حُرّةٍ أنّه يلزمُه أخذًا مِمّا مَرّ ثَمّ (دون الثانيةِ) لاعتيادِ المُسامَحةِ في المُهورِ فلا مِنّةَ بخلافِ المُسامَحةِ به كلِّه لأنّه لم يُعْتَدَّ مع لُزومِه له بالوطءِ، ولا نَظَرَ - كما اقتضاه كلامُهم - إلى أنّها قد تنذُرُ له بإسقاطِه إنْ وطِئَ للمِنّةِ التي لا تُحْتَمَلُ حينئذٍ (و) ثالِثُها (أنْ يَخافَ) ولو خَصيًّا (زِنًا) بأنْ يتوَقَّعَه لا على النُّدورِ بأنْ تَغْلِبَ شهوتُه تقواه بخلافِ مَنْ غلبتْ تقواه أو مُروءَتُه المانِعةُ منه أو اعتدَلا وذلك لقوله تعالى ﴿ذَٰلِكَ لِمَنۡ خَشِيَ ٱلۡعَنَتَ مِنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٥] أي الزِّنا وأصلُه المشَقة الشّديدةُ سُمّيَ به الزِّنا لأنّه سببُها بالحدِّ أو العذابِ والمرْعِيُّ عندَنا كما في البحرِ عمومُه فلو خافَه من أمةٍ بعَينها لِقوّةِ مَيْلِه إليها لم تَحِلَّ له إذا وجد الطَّوْلَ قال شارِحٌ بل وإنْ فقدَه وهو ظاهِرٌ ومن ثَمَّ قال شيخُنا والوجه تركُ التقييدِ بوجودِ الطَّوْلِ لأنّه يقتضي جوازَ نِكاحِها عندَ فقْدِ الطَّوْلِ فيَفوتُ اعتبارُ عمومِ العنت مع أنّ وجودَ الطَّوْلِ كافٍ في المنْعِ من نِكاحِها ولا اعتبارَ بعِشْقِه لأنّه داءٌ تُهَيِّجُه البطالةُ وإطالةُ الفِكْرِ وكم مَنِ ابْتُلِيَ به وزالَ عنه ولاستحالةِ زِنا المجبوبِ دون مُقَدِّماته منه.

قال جمعٌ مُتَقَدِّمون: لا تَحِلُّ له الأمةُ نَظَرًا للأوّلِ ورجحه بعضُ المُتَقَدِّمين وآخرون تَحِلُّ له.

نَظَرًا لِلثّاني ويُجْزِئُ ذلك في العِنّينِ نَظَرًا إلى بُعْدِ وُقوعِ الزِّنا منه لِعدمِ غلبةِ شهوته فإطلاقُ القاضي أنّها لا تَحِلُّ له مَبنيٌّ على الأوّلِ وبحث ابنُ عبدِ السّلامِ حِلَّها للممسوحِ لِتعذُّرِ لُحوقِ الولدِ به وكأنّه ينظُرُ إلى أنّ خوفَ الزِّنا أو المُقَدِّمات إنّما يُنْظَرُ إليه عندَ إمكانِ لُحوقِ الولدِ به وفيه ما فيه، وما المانِعُ أنْ يُنْظَرَ إلى أنّ نِكاحَها نَقْصٌ مُطْلَقًا فيُشْتَرَطُ الاضْطِرارُ إليه بخوفِ الزِّنا أو مُقَدِّماته وإنْ لم يَلْحَقْه الولدُ؟ وأطلقَ القاضي أنّ المجنون - بالنّونِ - لا يُزَوَّجُ أمةً واعتَرَضَه شارِحٌ بأنّ الأوجَهَ أنّه إذا أعسَرَ

فلو أمكنَه تَسَرٍّ فلا خَوْفَ في الأَصَحِّ، وإسْلامُها وتَحِلُّ لِحُرٍّ وعبدٍ كِتابيَّيْنِ أمةٌ كِتابيّةٌ على الصّحيحِ، لا لِعبدٍ مُسْلِمٍ في المشْهورِ، ومَنْ بعضُها رَقيقٌ كرَقيقةٍ.
ولو نَكَحَ حُرٌّ أمةً بشَرْطِه ثم أيْسَرَ أو نَكَحَ حُرّةً لم تَنْفَسِخ الأمةُ.

وخيفَ عليه العنتُ زوّجَها وليس لِمَنْ تَوَفَّرَتْ فيه شُروطُ نِكاحِ الأمةِ نِكاحُ أمةٍ صَغيرةٍ لا توطَأُ ورَتْقاءَ وقَرْناءَ لأنّه لا يأمَنُ به العنتَ ويُؤْخَذُ منه أنّ غيرَ هَؤُلاءِ مِمَّنْ لا يصلحْنَ كذلك (فلو) كان معه مالٌ لا يقدِرُ به على حُرّةٍ و (أمكنَه تَسَرٍّ) بشراءِ صالِحةٍ لِلاستمتاعِ به بأنْ قدَرَ عليها بثمنِ مثلِها فاضِلاً عَمّا مَرَّ (فلا خوفَ) من الزِّنا حينئذٍ فلا تَحِلُّ له الأمةُ (في الأصحِّ) لأمْنِه العنتَ به فلا حاجةَ لإرقاقِ ولَدِه فإنْ كانت بملكِه فكذلك قطعًا، (و) رابِعُها (إسلامُها) - ويَجوزُ جَرُّه - فلا يَحِلُّ لِمسلمٍ نِكاحُ أمةٍ كِتابيّةٍ لقوله تعالى ﴿مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِۚ﴾ [النساء: ٢٥] ولاجتماعِ نَقْصَي الكُفْرِ والرِّقِّ بلْ أمةٌ مسلمةٌ وإنْ كانت لِكافِرٍ.

(وتَحِلُّ لِحُرٍّ وعبدٍ كِتابيَّين أمةٌ كِتابيّةٌ على الصّحيحِ) لِتَكافُئِهما في الدِّينِ وكذا المجوسيُّ مَجوسيّةً ووَثَنيٌّ وثَنيّةً كذا قيلَ وإنّما يتمَشَّى على خلافِ ما يأتي عن السُّبْكيِّ أوّلَ الفصلِ الآتي.

ويُشْتَرَطُ عندَ تَرافُعِهم إلينا لا مُطْلَقًا لِصِحّةِ أنْكِحَتِهم خوفُ العنتِ وفَقْدُ طَوْلِ الحُرّةِ لأنّهم جعلوه كالمسلمِ إلا في نِكاحِ أمةٍ كافِرةٍ قاله السُّبْكيُّ وغيرُه وخالفهم البُلْقينيُّ فقال إنّما تُعْتَبَرُ الشُّروطُ في مُؤْمِنٍ حُرٍّ كما دَلَّ عليه القُرآنُ وسيأتي قُبَيْلَ فصلِ «أسلَمَ وتحتَه أكثرُ من أربعٍ» ضابِطٌ يُعْلَمُ منه الرّاجِحُ منهما فراجِعْه (لا لِعبدٍ مسلم في المشهورِ) لأنّ مُدْرَكَ المنْعِ فيها كُفْرُها فاستَوَى فيها المسلمُ الحُرُّ والقِنُّ كالمُرْتَدّةِ ويَحِلُّ لِمسلمٍ وطْءُ كِتابيّةٍ بالملكِ لا نحوِ مَجوسيّةٍ كما يأتي وخامِسُها: أنْ لا تكونَ موقوفةً عليه ولا موصًى له بخِدْمَتِها ولا مملوكةً لِمُكاتَبِه أو ولَدِه على ما مَرَّ.

كذا قيلَ وما ذُكِرَ في الثانيةِ يَتعيَّنُ حملُه على ما لو أوصَى له بخِدْمَتِها أو منفعتِها على التّأبيدِ لأنّ هذه هي التي يُتَّجه عدمُ صِحّةِ تَزَوُّجِه بها لِجَرَيانِ قولٍ بأنّه يملكُها بخلافِ غيرِها فإنّ غايتَها أنّها كمُستأجَرةٍ له فالوجه حِلُّ تَزَوُّجِه بها إذا رَضِيَ الوارِثُ لأنّه ملكُه ولا شُبهةَ للموصَى له في ملكِ رَقَبَتِها.

(ومَن بعضُها رَقيقٌ كرَقيقة) فلا ينكِحُها الحُرُّ إلا بالشُّروطِ السّابِقة لأنّ إرْقاقَ بعضِ الولدِ محذورٌ أيضًا ومن ثَمَّ لو قدَرَ على مُبَعَّضةٍ وأمةٍ لم تَحِلَّ له الأمةُ كما رجحه الزّرْكشيُّ وغيرُه وكان شارِحًا أخذَ منه بَحْثَه أنّه لو قدَرَ على أمةٍ لأصلِه وأمةٍ لِغيرِه تعيَّنَت الأولى لانعقادِ أولادِها أحرارًا وفيه نَظَرٌ واضِحٌ لأنّ بَقاءَ ملكِ أصلِه إلى عُلوقِها غيرُ مُتيَقَّنٍ ودَلالةُ الاستصْحابِ هنا ضعيفة.

(ولو نَكحَ حُرٌّ أمةً بشرطِه ثم أيسَرَ أو نَكحَ حُرّةً لم تنفسِخ الأمةُ) أي نِكاحُها لأنه يُغْتَفَرُ في الدّوامِ لِقوّتِه بوُقوعِ العقدِ صحيحًا ما لا يُغْتَفَرُ في الابتداءِ ومن ثَمَّ لم يتأثّرْ أيضًا بطُروِّ إحرامٍ وعِدّةٍ ورِدّةٍ نعم، طُروُّ رِقٍّ على كِتابيّةٍ زوجةِ حُرٍّ مسلمٍ يقطَعُ نِكاحَها لأنّ الرِّقَّ أقوى تأثيرًا من غيرِه.

ولو جمع مَنْ لا تَحِلُّ له الأمةُ حُرّةً وأمةً بعقْدٍ بَطَلَت الأمةُ، لا الحُرّةُ في الأظْهَرِ.

فَصْلٌ

يَحْرُمُ نِكاحُ مَنْ لا كتاب لَها كَوَثَنِيّةٍ ومَجوسيّةٍ. وَتَحِلُّ كِتابيّةٌ ....

(ولو جَمع مَنْ) أي حُرٌّ (لا تَحِلُّ له أمةٌ) أمَتَين بَطَلَتا قطعًا أو (حُرّةً وأمةً بعقدٍ) وقَدَّمَ الحُرّةَ كزَوَّجْتُك بنتي وأمَتي بكذا أو يكونُ وكيلاً فيهما أو وليًا في واحدٍ ووَكيلاً في الآخرِ فقَبِلَهما (بَطَلَت الأمةُ) قطعًا لأنّ شرطَ نِكاحِها فقْدُ القُدْرةِ على الحُرّةِ (لا الحُرّةُ في الأظهرِ) تفريقًا لِلصَّفْقة وفارَقَ نِكاحَ الأختَين بعدمِ المُرَجِّحِ فيه وهنا الحُرّةُ أقوى، أو جمعهما مَنْ تَحِلُّ له كأنْ وجد حُرّةً بمُؤَجّلٍ أو بلا مهرٍ بَطَلَت الأمةُ قطعًا أيضًا.

وفي الحُرّةِ طَريقانِ والرّاجِحُ عدمُ بُطْلانِها فالتقييدُ بمَنْ لا تَحِلُّ له لأنّ الأظهرَ إنّما يأتي فيه أمّا مَنْ فيه رِقٌّ فيصحُّ جمعُهما إلا أنْ تكون الأمةُ كِتابيّةً وهو مسلمٌ وأمّا بعقدَين كزَوَّجْتُك بنتي بألفٍ وأمَتي بمِائةٍ فقَبِلَ البنتَ ثمّ الأمةَ فإنّه يصحُّ في الحُرّةِ قطعًا وفي هذه لو قدَّمَ الأمةَ إيجابًا وقَبولاً وهي تَحِلُّ له صَحَّ نِكاحُهما لأنّه لم يقبل الحُرّةَ إلا بعدَ صحّةِ نِكاحِ الأمةِ ولو فصَلَ في الإيجابِ فجَمع في القبولِ أو عَكسَ فكذلك.

(فرع): نِكاحُ الأمةِ الفاسِدُ كالصّحيحِ في أنّ الولدَ رَقيقٌ ما لم يشرُطْ في أحدِهما عتقَه بصيغةِ تعليقٍ لا مُطْلَقًا كما بَيَّنْتُه في شرحِ الإرشادِ الكبيرِ ومع هذا الشرطِ بصيغةِ التعليقِ لا تَحِلُّ الأمةُ لأنّ بَقاءَها بملكِ الشّارطِ المقتضيَ لِحُرّيّةِ الولدِ غيرُ مُتيَقَّنٍ فما أوهَمَه كلامُ بعضِهم أنّ ذلك الشرطَ يُفيدُ حِلَّ الأمةِ لانتفاءِ المحذورِ وهو رِقُّ الولدِ غَلَطٌ صريحٌ فتَنَبَّهْ له. فإنْ قُلْتَ: يُمْكِنُ امتناعُ خُروجِها عن ملكِه بأنْ يُديرَها ويحكُم به حَنَفيٌّ فلا محذورَ حينئذٍ قُلْتُ: ممنوعٌ بل يُمْكِنُ مع ذلك البيعِ تَبَيُّنُ فسادِ التّدْبيرِ أو الحكمِ به فالخشْيةُ موجودةٌ مُطْلَقًا.

فصل في حِلِّ نِكاحِ الكافِرةِ وتَوابِعِه

(يحرُمُ) على مسلمٍ وكذا كِتابيٌّ على الأوجَه من وجهَين في الكِفايةِ ويُؤَيِّدُه بالأولى بَحْثُ السُّبْكيّ أنّ مثله وثَنيٌّ ومَجوسيٌّ ونحوُهما بناءً على أنّهم مُخاطَبون بفُروعِ الشّريعةِ (نِكاحُ مَنْ لا كِتابَ لها كوَثَنيّةٍ) أي عابِدةِ وثَنٍ أي صَنَم.

وقيلَ: الوثَنُ غيرُ المُصَوَّرِ، والصّنَمُ المُصَوَّرُ (ومَجوسيّةٍ) وعابِدةِ نحوِ شَمْسٍ وقَمَرٍ وصورةٍ، ووَطْؤُها بملكِ اليمينِ لقولِه تعالى ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة:٢٢١] خرجت الكِتابيّةُ لِما يأتي فيبقى مَنْ عداها على عمومِه، وما اقتضاه ظاهرُ المتنِ من عَطْفِ مَجوسيّةٍ على وثَنيّةٍ لا على «مَنْ» من أنّ المجوسيّةَ لا كِتابَ لها مَحَلُّه بالنّظَرِ إلى الآنَ، وإلا فقد كان لهم كِتابٌ مَنْسوبٌ إلى زَرادُشْتَ فلَمّا بَدَّلوه رُفِعَ على الأصحّ وحُرِّمت مع ذلك احتياطًا ولِعدمِ تَيَقُّنِ أصلِه، (وتَحِلُّ كِتابيّةٌ) لِمسلمٍ وكِتابيٍّ وكذا غيرُهما على ما مَرَّ عن الروضةِ بما فيه في مَبْحَثِ التحليلِ وذلك لقولِه تعالى

لَكِنْ تُكرَه حَرْبيّةٌ وكذا ذِمّيّةٌ على الصّحيحِ، والكِتابيّةُ يَهوديّةٌ أو نَصْرانيّةٌ لا مُتَمَسِّكةٌ بالزّبورِ وغيرِه، فإنْ لم تَكُن الكِتابيّةُ إسْرائيليّةً فالأظْهَرُ حِلُّها إنْ عُلِمَ دُخولُ قَوْمِها في ذلك الدّينِ قبلَ نَسْخِه وتَحْريفِه، ....

﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة:٥] أي حَلَّ لَكُم نعم، الأصحُّ حرمَتُها عليه ﷺ نِكاحًا لا تَسَرّيًا وتَمَسَّكوا بأنّه ﷺ كان يَطأُ صَفيّةَ ورَيْحانةَ قبلَ إسلامِهما قال الزّركشيُّ: وكلامُ أهلِ السّيَرِ يُخالِفُ ذلك (لكن يُكرَه) للمسلم حيثُ لم يخشَ العنتَ فيما يظهرُ كِتابيّةٌ (حربيّةٌ) ولو تَسَرّيًا لِئَلّا يُرَقَّ ولَدُها إذا سُبيَتْ حامِلًا فإنّها لا تُصَدَّقُ أنّ حملها من مسلم ولأنّ في الإقامةِ بدارِ الحربِ تَكْثيرَ سوادِهم ومن ثَمَّ كُرِهَتْ مسلمةٌ مُقيمةٌ ثَمَّ (وكذا ذِمّيّةٌ على الصّحيحِ) لِئَلّا تفتنَه - بفرطِ مَيْلِه إليها - أو ولَدَه وإنْ كان الغالِبُ مَيْلَ النّساءِ إلى دينِ أزْواجِهِنّ وإيثارَهم على الآباءِ والأُمّهات نعم، الكراهةُ فيها أخفُّ منها في الحربيّةِ وبحث الزّركشيُّ نَدْبَ نِكاحِها إذا رُجيَ به إسلامُها أي ولم يخشَ فتنةً بها بوجهٍ كما هو واضِحٌ كما وقَعَ لِعُثمانَ أنّه نَكحَ نصْرانيّةً كلْبيّةً فأسلَمت وحَسُنَ إسلامُها وهو وغيرُه أنّ مَحَلَّ الكراهةِ إنْ وجد مسلمةً أي تُصَلّي وإلا فهي أولى من مسلمةٍ لا تُصَلّي على ما مَرَّ أوّ النّكاحِ.

(والكِتابيّةُ يَهوديّةٌ أو نصْرانيّةٌ) لقوله تعالى ﴿أَن تَقُولُوٓا۟ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ [الأنعام:١٥٦] (لا مُتَمَسّكةٌ بالزّبورِ وغيرِه) كصُحُفِ شيثٍ وإدْريسَ وإبراهيمَ صَلّى اللّه وسَلَّمَ على نَبيّنا وعليهم فلا تَحِلُّ وإنْ أقَرّوا بالجِزْيةِ سواءٌ أثْبَتَ تَمَسُّكَها بذلك بقولِه أم بالتّواتُرِ أم بشَهادةِ عَدْلينِ أسلَما على المعتمدِ لأنّه أوحيَ إليهم مَعانيها لا ألفاظُها أو لِكونِها حِكَمًا ومَواعِظَ لا أحكامًا وشَرائِعَ وفَرّقَ القفّالُ بين الكِتابيّةِ وغيرِها بأنّ فيها نَقْصَ الكُفْرِ في الحالِ، وغيرُها فيه مع ذلك نَقْصُ فسادِ الدّينِ في الأصلِ (فإنْ لم تكن الكِتابيّةُ) أي لم يتحقّقْ كونُها (إسرائيليّةً) أي من نَسلِ إسرائيلَ وهو يعقوبُ صَلّى اللّه على نَبيِّنا وعليه وسَلَّمَ، ومعنى «إسرا» عبدٌ و «إيلَ» اللّه بأنْ عَرَفَ أنّها غيرُ إسرائيليّةٍ أو شَكَّ أهي إسرائيليّةٌ أو غيرُها؟

(فالأظهرُ حِلُّها) للمسلمِ والكِتابيِّ (وإنْ علم) بالتّواتُرِ أو بشَهادةِ عَدْلينِ أسلَما لا بقولِ المُتعاقِدَين على المعتمدِ وإنّما قُبِلَ ذلك بالنّسبةِ للجِزْيةِ تَغْليبًا لِحَقْنِ الدِّماءِ وبما تقرّر في العدْلينِ يُعْلَمُ أنّ المُرادَ العلمُ أو الظّنُّ القويُّ إذْ إخبارُهما إنّما يُفيدُه لَكِنّه ظَنّ إقامةَ الشّارِعِ مَقامَ اليقينِ ولم يَكْفِ واحدٌ احتياطًا لِلنّكاحِ نعم، قياسُ قولِهم لو أخبرَ زوجةَ المفقودِ عَدْلٌ بموته حَلَّ لها التّزَوُّجُ أي باطِنًا الحِلُّ باطِنًا هنا بإخبارِ العدْلِ فهما شرطانِ بالنّسبةِ لِلظّاهِرِ فقط وحينئذٍ لا بُدَّ من شَهادَتِهما عندَ القاضي كما هو ظاهرٌ وكأنّ مَنْ عَبّرَ مَرّةً بشَهادَتِهما ومَرّةً بإخبارِهما لَحَظَ ذلك فالأوّلُ بالنّسبةِ لِلظّاهِرِ والثاني بالنّسبةِ للباطِنِ (دخولَ قومِها) أي أوّلِ آبائِها (في ذلك الدّينِ) أي دينِ موسَى أو عيسَى صَلّى اللّه على نَبيِّنا وعليهما وسَلَّمَ (قبلَ نسخِه وتَخريفِه) أو قبلَ نسخِه أو بعدَ تَحْريفِه واجتَنبوا المُحرَّفَ يقينًا

وقيلَ يَكْفي قبلَ نَسْخِهِ. والكِتابيّةُ المنكوحةُ كَمُسْلِمةٍ في نَفَقةٍ وقَسْمٍ وطَلاقٍ، ....

لِتَمَسُّكِهِم به حين كان حَقًّا فالحِلُّ لِفَضيلةِ الدِّينِ وحدَها ومن ثَمَّ سمَّى ﷺ هِرَقْلَ وأصحابَه أهلَ الكِتابِ في كِتابه إليهم مع أنّهم ليسوا إسرائيليّين.

(وقيلَ يكفي) دخولُهم بعدَ تَحْريفِه وإنْ لم يَجْتَنِبوا المُحَرَّفَ إذا كان ذلك (قبلَ نسخِه) لأنّ الصّحابةَ رضي الله عنهم تزوَّجوا منهم ولم يَبْحَثوا والأصحُّ المنعُ لِبُطْلانِ فضيلةِ الدِّينِ بتَحْريفِه وخرج بعلم ما لو شَكَّ هل دَخلوا قبلَ التحريفِ أو بعدَه أو قبلَ النّسخِ أو بعدَه فلا تَحِلُّ مُناكحَتُهم ولا ذَبائِحُهم أخذًا بالأحوَطِ وبِقبلِ ذلك الذي ذكرَه وذكرْناه ما لو دَخلوا بعدَ التحريفِ ولم يَجْتَنِبوا ولو احتمالاً أو بعدَ النّسخِ كمَنْ تَهَوَّدَ أو تَنصَّرَ بعدَ بَعْثةِ نَبيِّنا ﷺ أو تَهَوَّدَ بعدَ بَعْثةِ عيسَى بناءً على الأصحِّ أنّها ناسِخةٌ لِشَريعةِ موسَى صلى الله عليهما وسلم.

وقيلَ: إنّها مُخصِّصةٌ لقوله تعالى ﴿وَلِأُحِلَّ لَكُم بَعْضَ ٱلَّذِى حُرِّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [آل عمران: ٥٠] ولا دَلالةَ فيه وإن انتصر له السُّبْكيُّ لاحتمالِه النّسخَ أيضًا إذْ لا يُشْتَرَطُ في نسخِ الشّريعةِ لِما قبلها رَفْعُها لِجميعِ أحكامِها وقولُ السُّبْكيّ ينبغي الحِلُّ فيمَنْ علم دخولَ أوّلِ أُصولِهم وشَكَّ هل هو قبلَ نسخٍ أو تَحْريفٍ أو بعدَهما قال وإلا فما من كِتابيٍّ اليومَ لا يُعْلَمُ أنّه إسرائيليٌّ إلا ويُحْتَمَلُ فيه ذلك فيُؤَدّي إلى أنْ لا تَحِلَّ ذَبائِحُ أحدٍ منهم اليومَ ولا مُناكحَتُهم بل ولا في زَمَنِ الصّحابةِ كبَني قُرَيْظةَ والنّضيرِ وقَيْنُقاعَ وطُلِبَ مِنّي بالشّامِ مَنْعُهم من الذّبائِحِ فأبيتُ لأنّ يَدَهم على ذَبيحَتهم دليلٌ شرعيٌّ، ومَنَعَهم قبلي مُحْتَسِبٌ بفتوَى بعضِهم ولا بَأْسَ بالمنْعِ وأمّا الفتوَى به فجَهْلٌ واشتباهٌ على مَنْ أفتى به اهـ مُلَخَّصًا ضعيفٌ على أنّ فيه مُناقَشاتٍ ليس هذا مَحَلَّ بَسطِها أمّا الإسرائيليّة يقينًا بالتّواتُرِ أو بقولِ عَدْلينِ لا المُتعاقِدَين كما مَرَّ بما فيه فتَحِلُّ مُطْلَقًا لِشَرَفِ نَسَبِها ما لم يُتَيَقَّنْ دخولُ أوّلِ آبائِها في ذلك الدِّينِ بعدَ بَعْثةٍ تنسَخُه لِسُقوطِ فضيلَته بنسخِه وهي بَعْثةُ عيسَى أو نَبيِّنا صلى الله عليهما وسلم لا بَعْثةُ مَنْ بين موسَى وعيسَى لأنّهم كلَّهم أُرْسِلوا بالتوراةِ، وزَبورُ داوُد قد مَرَّ أنّه حِكَمٌ ومَواعِظُ ولا يُؤَثِّرُ هنا تَمَسُّكُهم بالمُحَرَّفِ قبلَ النّسخِ لِما ذُكِرَ واقتضاءُ كلام الشيخينِ أنّ الإسرائيليّة ولو يَهوديّةً لا تُحَرَّمُ إلا إنْ كان تَهَوَّدَ أوّلُ أُصولِها بعدَ بَعْثةِ نَبيِّنا ﷺ مَبنيٌّ على ما مَرَّ أنّ بَعْثةَ عيسَى غيرُ ناسِخةٍ وقد يُجابُ بمَنْعِ البِناءِ ويوَجَّه بأنّ شَرَفَهم اقتضى أنْ لا يُحَرَّموا إلا بعدَ بَعْثةٍ ناسِخةٍ قطعًا لِقوّتها فلا شُبهةَ بخلافِ المُحْتَمَلةِ وإنْ كان الأصحُّ أنّها ناسِخةٌ

(تنبيهٌ): يُعْلَمُ مِمّا يأتي من حرمةِ المُتَوَلِّدةِ بين مَنْ تَحِلُّ ومَنْ لا تَحِلُّ أنّ المُرادَ بقولِهم هنا في الإسرائيليّة وغيرِها «أوّلُ آبائِها» أوّلُ المُنْتَقِلين منهم وأنّه يكفي في تَحْريمِها دخولُ واحدٍ من آبائِها بعدَ النّسخِ أو التحريفِ على ما مَرَّ وإنْ لم ينتَقِلْ أحدٌ منهم غيرُه لأنّها حينئذٍ صارتْ مُتَوَلِّدةً بين مَنْ يَحِلُّ ومَنْ تُحَرَّمُ وظاهرٌ أنّه يكفي هنا بعضُ آبائِها من جِهةِ الأُمّ نظيرَ ما يأتي ثَمَّ. (والكِتابيّةُ المنكوحةُ) الإسرائيليّة وغيرُها (كمسلمةٍ) مَنْكوحةٍ (في نفقةٍ) وكِسوةٍ ومسكنٍ (وقَسمٍ وطلاقٍ) وغيرِها ما عدا نحوَ

وتُجبَرُ على غُسْلِ حَيْضٍ ونِفاسٍ وكذا جَنابةٍ، وتَرْكِ أكْلِ خِنْزيرٍ في الأَظْهَرِ، وتُجْبَرُ هيَ ومُسْلِمةٌ على غَسْلِ ما نَجُسَ من أعْضائِها. وَتَحْرُمُ مُتَوَلِّدةٌ من وثَنيٍّ وكِتابيّةٍ، وكذا عَكْسُه في الأَظْهَرِ، ....

التّوارُثِ والحدِّ بقذفِها لاشتراكِهما في الزوجيّةِ المقتضيةِ لِذلك (وتُجْبَرُ) كحَليلةٍ مسلمةٍ أي له إجبارُها (على غُسلِ حيضٍ ونفاسٍ) عَقِبَ الانقطاعِ لِتَوَقُّفِ حِلِّ الوطءِ عليه، وقضيّتُه أنّ الحنَفيَّ لا يُجْبِرُها لَكِنّ الأوجَهَ أنّ له ذلك لأنّ ذلك عندَه احتياطٌ فغايَتُه أنّه كالجنابةِ فإنْ أبتْ غَسَّلها وتُشتَرَطُ نيّتُها - إذا اغتَسَلَت اختيارًا كمُغَسِّلِ المجنونةِ على المعتمدِ والمُمْتَنِعةِ - استباحةَ التّمتُّعِ وخالف في المجموعِ في موضِعٍ فجَزَمَ بعدمِ اشتراطِ نيّةِ الأولى لِلضّرورةِ ولا اشتراطَ في مُكْرَهةٍ على غُسلِها لِلضّرورةِ مع عدمِ مُباشَرَته للفعلِ (وكذا جَنابةٍ) أي غُسلُها ولو فوْرًا وإنْ كانت غيرَ مُكلَّفة (وتركُ أكلِ خِنزيرٍ) وشُرْبِ ما يُسكِرُ - وإن اعتَقَدَتْ حِلَّه -، ونحوِ بَصَلٍ نيءٍ، وإزالةُ وَسَخٍ وشَعْرٍ ولو بنحوِ إبطٍ وظُفُرٍ ككلِّ مُنَفِّرٍ عن كمالِ التّمتُّعِ (في الأظهرِ) لِما في مُخالَفة كلٍّ مِمّا ذُكِرَ من الاستقذارِ وبَحْثُ استثناءِ ممسوحٍ ورَتْقاءَ ومُتَحَيِّرةٍ ومَنْ بعِدّةِ شُبهةٍ أو إحرامٍ- فلا يُجْبِرُها على نحوِ الغُسلِ إذْ لا تَمتُّعَ - فيه نَظَرٌ، والوجه ما أطلقوه لأنّ دَوامَ نحوِ الجنابةِ يورِثُ قذَرًا في البدَنِ فيُشَوِّشُ عليه التّمتُّعَ ولو بالنّظَرِ (وتُجبَرُ هي ومسلمةٌ على غَسلِ ما تَنَجّسَ من أعضائِها) وشيءٍ من بَدَنِها ولو بمعفوٍّ عنه فيما يظهرُ لِتَوَقُّفِ كمالِ التّمتُّعِ على ذلك وغَسلِ نَجاسةِ مَلْبوسٍ ظهر ريحُها أو لونُها وعلى عدمِ لُبْسِ نَجِسٍ أو ذي ريحٍ كريهٍ وخُروجٍ ولو لِمسجِدٍ أو كنيسةٍ واستعمالِ دَواءٍ يمنعُ الحملَ والقاءِ أو إفسادِ نُطْفة استَقَرَّتْ في الرّحِمِ لِحرمَته ولو قبلَ تَخلُّقِها على الأوجَه كما مَرَّ.

وعلى فعلِ ما اعتادَه منها حالَ التّمتُّعِ مِمّا يدعو إليه ويُرَغِّبُ فيه أخذًا من جَعْلِهم إعراضَها وعُبوسَها بعدَ لُطْفِها وطلاقة وجهِها أمارةَ نُشوزٍ وبه يُعْلَمُ أنّ إطلاقَ بعضِهم وجوبَ ذلك من غيرِ نَظَرٍ لاعتيادٍ وعدمِه غيرُ صحيحٍ، وظاهرٌ أنّ الكلامَ في غيرِ مَكْروهٍ ككلامٍ حالَ جِماعٍ فقد سُئِلَ الشافعيُّ رضي الله عنه عن ذلك فقالَ لا خيرَ فيه حينئذٍ ويُؤَيِّدُ ما ذكرْته أوّلاً نَقْلُ بعضِهم عن الجمهورِ أنّ عليها رَفْعَ فخِذَيْها والتحريكَ له واختارَ بعضُهم وجوبَ رَفْعِ تَوَقَّفَ عليه الوطءُ دون التّحَرُّكِ، وبعضُهم وجوبَه أيضًا لكن إنْ طلبه، وبعضُهم وجوبَه لِمَريضٍ وهَرِمٍ فقط وهو أوجَه ولو تَوَقَّفَ على استعلائِها عليه لِنحوِ مَرَضٍ اضْطَرَّه لِلاستلْقاءِ لم يَبْعُدْ وجوبُه أيضًا.

(وتُحَرَّمُ مُتَوَلِّدةٌ من وثَنيٍّ) أو مَجوسيٍّ وإنْ عَلا (وكِتابيّةٍ) جزمًا لأنّ الانتسابَ إلى الأبِ وهو لا تَحِلُّ مُناكحَتُه (وكذا عكسُه) فتُحَرَّمُ مُتَوَلِّدةٌ من كِتابيٍّ ونحوِ وثَنيّةٍ (في الأظهرِ) تَغليبًا لِلتّحْريمِ إلا إنْ بَلَغَتْ واختارَتْ دين الكِتابيِّ منهما كما حَكَياه عن النّصِّ وإقرارِه لاستقلالِها حينئذٍ وهو المعتمدُ وإنْ جَزَمَ الرّافِعيُّ في موضِعٍ آخرَ بتَحْريمِها واعتمده الإسنَويُّ ووجه تخصيصِ الخلافِ بالثانيةِ أنّ تَبعيّةَ الأبِ أقوى فحُرِّمت الأولى قطعًا دون الثانيةِ على قولٍ ومَرَّ أوّلَ النّجاسةِ ما يُعْلَمُ منه حكمُ المُتَوَلِّدةِ

وإنْ خالَفَت السّامِرةُ اليهودَ والصّابِئونَ النّصارَى في أَصْلِ دينِهم حَرُمنَ، وإلّا فلا.
ولو تَهَوَّدَ نَصْرانيٌّ أو عَكْسُه لم يُقَرَّ في الأَظْهَرِ، فإنْ كانت امرأةً لم تَحِلَّ لِمُسْلِمٍ، فإنْ كانتْ مَنْكوحَتَه فَكَرِدّةِ مُسْلِمةٍ، ولا يُقْبلُ منه إلّا الإسْلامُ، وفي قولٍ أو دينُه الأوَّلُ، ولو تَوَثَّنَ لم يُقَرَّ، وفيما يُقْبلُ القوْلانِ.

بين آدميٍّ وغيرِه، (وإنْ خالَفَت السّامِرةُ اليهودَ) وهم طائِفة منهم، أصلُهم السّامِريُّ عابِدُ العِجْلِ (والصّابِئون) مَنْ صَبَأ إذا رجع (النّصارى) وهم طائِفة منهم (في أصلِ دينِهم) ولو احتمالاً كأنْ نَفَوْا الصّانِعَ أو عَبَدوا كوكبًا قال الرّافِعيُّ في الصّابِئةِ: أو عَبَدوا الكواكِبَ السّبْعةَ وعليه فهو لا يُنافي ما يأتي في الصّابِئةِ الأقدَمين لاحتمالِ موافَقة هَؤُلاءِ لأولَئِك (حُرِّمْنَ) كالمُرْتَدّين لِخُروجِهم عن مِلّتِهم إلى نحوِ رَأْيِ القُدَماءِ الآتي (وإلا) يُخالِفوهم في ذلك بأنْ وافَقوهم فيه يقينًا وإنّما خالَفوهم في الفُروعِ.

(فلا) يُحَرَّمْنَ إنْ وُجِدَتْ فيهم الشُّروطُ السّابِقة ما لم تُكفِّرْهم اليهودُ والنّصارى كمبتدعةِ مِلّتنا وقد تُطْلَقُ الصّابِئةُ أيضًا على قوْمٍ أقدَمَ من النّصارى كانوا في زَمَنِ إبراهيمَ صَلَّى اللّه على نَبيِّنا وعليه وسَلَّمَ مَنْسوبين لِصابِئٍ عَمِّ نوحٍ ﷺ يعبُدون الكواكِبَ السّبْعةَ ويُضيفون الآثارَ إليها ويَزْعمون أنّه لِفَلَكٍ حَيٌّ ناطِقٌ وليسوا مِمّا نحن إذْ لا تَحِلُّ مُناكحَتُهم ولا ذَبائِحُهم مُطْلَقًا ولا يُقَرّون بجِزْيةٍ ومن ثَمَّ أفتى الإصطَخْريُّ والمحامِليُّ القاهِرُ بقتلِهم لَمّا استفتَى الفُقَهاءَ فيهم فبَذَلوا له مالاً كثيرًا فتَرَكهم.

(ولو تَهَوَّدَ نصرانيٌّ أو عكسُه) أي تَنصَّرَ يَهوديٌّ في دارِ الحربِ أو دارِنا كما يُصَرِّحُ به كلامُهم ومَصْلَحةُ قبولِ الجِزْيةِ بعدَ الانتقالِ بدارِ الحربِ الذي زعمَه الزّركشيُّ لا نَظَرَ إليها وإلا لأُقِرَّ إذا طلبها ولِمَنِ انتقَلَ بدارِنا (لم يُقَرَّ في الأظهرِ) لأنّه أقَرَّ ببُطْلانِ ما انتقَلَ عنه وكان مُقِرًّا ببُطْلانِ ما انتقَلَ إليه فلم يُقَرَّ كمسلم ارتَدَّ وقضيّتُه أنّ مَنِ انتقَلَ عَقِبَ بُلوغِه إلى ما يُقَرُّ عليه يُقَرُّ وليس مُرادًا كما هو ظاهرٌ لأنّا لا نعتبر اعتقادَه بل الواقعُ وهو الانتقالُ إلى الباطِنِ والتعليلُ المذكورُ إنّما هو للغالِبِ فلا مفهومَ له (فإنْ كانت) المُنْتَقِلةُ (امرأةً لم تَحِلَّ لِمسلم) لأنّها لا تُقَرُّ كالمُرْتَدّةِ (وإنْ كانت) المُنْتَقِلةُ (مَنكوحَتَه) أي المسلمِ ومثلُه كافِرٌ لا يَرى حِلَّ المُنْتَقِلةِ (فكردّةِ مسلمةٍ) فتَتَنَجَّزُ الفُرْقة قبلَ الوطءِ وكذا بعدَه إنْ لم تُسلِم قَبلَ انقضاءِ العِدّةِ.

(ولا يُقْبَلُ منه إلا الإسلامُ) إنْ لم يكن له أمانٌ؛ فنَقْتُلُه إنْ ظَفِرْنا به وإلا بُلِّغَ مأمَنَه وفاءً بأمانِه (وفي قولٍ) لا يُقْبَلُ منه إلا الإسلامُ (أو دينُه الأوّلُ) لأنّه كان مُقَرًّا عليه وليس المُرادُ أنّه يُطْلَبُ منه أحدُهما؛ إذْ طَلَبُ الكُفرِ كُفْرٌ بل إنّه يُطالَبُ بالإسلام عَيْنًا فإنْ أبى ورجع لِدينِه الأوّلِ لم نَتعرَّضْ له وقيلَ المُرادُ ذلك ولا طلب فيه للكُفْرِ لأنّه إخبارٌ عن الحكم الشرعيِّ كما يُطالَبُ بالإسلام أو الجِزْيةِ.

(ولو تَوَثَّنَ) كِتابيٌّ (لم يُقَرَّ) لِما مَرَّ (وفيما يُقبَلُ) منه (القولانِ) المذكورانِ أظهرُهما تعيُّنُ الإسلامِ فإنْ أبى فكما مَرَّ.

ولو تَهَوَّدَ وثَنيٌّ أو تَنَصَّرَ لم يُقَرَّ، ويَتَعَيَّنُ الإسْلامُ كَمُسْلِمٍ ارْتَدَّ. وَلا تَحِلُّ مُرْتَدَّةٌ لأحَدٍ، ولو ارْتَدَّ زَوْجانِ أو أحَدُهما قبلَ دُخولٍ تَنَجَّزَت الفُرْقةُ، أو بعده وإلّا فالفُرْقةُ مِن الرِّدّةِ، وُقِفَتْ، فإنْ جمعهما الإسْلامُ في العِدّةِ دامَ النِّكاحُ، ويَحْرُمُ الوطْءُ في التَّوَقُّفِ ولا حَدَّ.

باب نِكاحِ المُشْرِكِ

أسْلمَ كِتابيٌّ أو غيرُه وتَحْتَه كِتابيّةٌ دامَ نِكاحُه أو وثَنيّةٌ أو مَجوسيّةٌ فَتَخَلَّفَتْ قبلَ دُخولٍ تَنَجَّزَت الفُرْقةُ، أو بعده وأسْلمَتْ في العِدّةِ دامَ نِكاحُه، وإلّا فالفُرْقةُ من إسْلامِه،

(ولو تَهَوَّدَ وثَنيٌّ أو تَنصَّرَ لم يُقَرَّ) لِذلك (ويَتعيَّنُ الإسلامُ كمسلم ارتَدَّ) ولم يَجْرِ هنا القولانِ لأنّ المُنْتَقَلَ عنه أدْوَنُ فإنْ أبى فكما مَرَّ أيضًا على الأوجَه وإن اقتضى كلامُهم قتله مُطْلَقًا تَغْليبًا لِحَقْنِ الدَّمِ ووَفاءً بالأمانِ إنْ كان له والفرقُ بينه وبين مسلم ارتَدَّ ظاهرٌ، وزعم الزّركشيُّ كالأذرَعيِّ أنّه يبقى على حكمِه، وإنْ وقَعَ منه ذلك بَعيدٌ من كلامِهم والمعنى كما هو ظاهرٌ، (ولا تَحِلُّ مُرْتَدّةٌ لأحَدٍ) مسلم لإهدارِها وكافِرٍ لِعُلْقة الإسلامِ ومُرْتَدٌّ لإهدارِه أيضًا، (ولو ارتَدَّ زوجانِ) مَعًا (أو أحدُهما قبلَ دخولٍ) أي وطْءٍ أو وُصولِ مَنيٍّ مُحْتَرَمٍ لِفرجِها (تَنَجَّزَت الفُرْقة) لأنّ النّكاحَ لم يتأكَّدْ لِفَقْدِ غايَته (أو) ارتَدّا أو أحدُهما (بعدَه وقَعَتْ) الفُرْقة كَطلاقٍ وظهارٍ وإيلاءٍ (فإنْ جمعهما الإسلامُ في العِدّةِ دامَ النّكاحُ) بينهما لِتأكُّدِه ونَفَذَ ما ذُكِرَ (وإلا فالفُرْقة) بينهما حاصِلةٌ (من) حينِ (الرِّدّةِ) منهما أو من أحدِهما ولا ينفُذُ ما ذُكِرَ (ويحرُمُ الوطءُ في) مُدّةِ (التوقُّفِ) لِتَزَلْزُلِ ملكِ النّكاحِ بإشرافِه على الزّوالِ (ولا حَدَّ) فيه لِشُبهةِ بَقاءِ النّكاحِ ومن ثَمَّ وجَبَتْ له عِدّةٌ نعم، يُعَزَّرُ فليس له في زَمَنِ التَّوَقُّفِ نِكاحُ نحوِ أختها.

(تتمّةٌ) مَنْ قال لِزوجَته: يا كافِرةُ مُريدًا حَقيقة الكُفْرِ جَرى فيها ما تقرّر في الرِّدّةِ، أو الشّتْمَ فلا وكذا إنْ لم يُرِدْ شيئًا لأصلِ بَقاءِ العِصْمةِ وجَرَيانِ ذلك لِلشَّتْمِ كثيرًا مُرادًا به كُفْرُ نِعْمةِ الزوجِ.

(بابُ نِكاحِ المُشْرِكِ)

هو هنا الكافِرُ على أيِّ مِلّةٍ كان وقد يُطْلَقُ على مُقابِلِ الكِتابيِّ كما في أوّلِ سورةِ ﴿لَمْ يَكُنِ﴾ [البينة: ١] وقد يُستعمَلُ معه كالفقيرِ مع المِسكينِ.

لو (أسلَمَ كِتابيٌّ أو غيرُه) كمَجوسيٍّ أو وثَنيٍّ (وتحتَه كِتابيّةٌ) حُرّةٌ يَحِلُّ له نِكاحُها ابتداءً أو أمةٌ وعَتَقت في العِدّةِ أو أسلَمت فيها وهو مِمَّنْ يَحِلُّ له نِكاحُ الأمةِ كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي (دامَ نِكاحُه) إجماعًا (أو) أسلَمَ وتحتَه كِتابيّةٌ لا تَحِلُّ أو (وثَنيّةٌ أو مَجوسيّةٌ) مثلًا (فتخَلَّفت) عنه بأنْ لم تُسلِم معه (قبلَ دخولٍ) أو استدخالِ ماءٍ مُحْتَرَمٍ (تَنجَّزَت الفُرْقة) بينهما لِما مَرَّ في الرِّدّةِ (أو) تَخَلَّفت (بعدَه) أي الدُّخولِ أو نحوِه.

(وأسلَمت في العِدّةِ دامَ نِكاحُه) إجماعًا إلا ما شَذَّ به النّخَعيّ (وإلا) تُسلِم فيها بل أصَرَّتْ لانقضائِها وإنْ قارَنَه إسلامُها كما اقتضاه كلامُهم تَغْليبًا للمانِعِ (فالفُرْقة) بينهما حاصِلةٌ (من) حينِ (إسلامِه)

ولو أَسْلَمَتْ وأَصَرَّ فَكَعَكْسِهِ. ولو أَسْلَما مَعًا دامَ النِّكاحُ، والمعيَّةُ بآخِرِ اللَّفْظِ.

إجماعًا، (ولو أسلَمت) زوجةُ كافرٍ (وأصَرَّ) زوجُها على كُفْرِه كِتابيًّا كان أو غيرَه (فكعكسِه) المذكورِ فإنْ كان قبلَ نحوِ وطْءٍ تَنَجَّزَت الفُرْقة أو بعدَه وأسلَمَ في العِدَّةِ دامَ نِكاحُه وإلا فالفُرْقة من حينِ إسلامِها فإنْ قُلْت: عُلِمَ مِمّا تقرّر أنّ هذا نظيرٌ لِما قبله لا عكسٌ له قُلْت ممنوعٌ بإطلاقِه بل هو عكسٌ في التَّصْويرِ لأنّ ذاك أسلَمَ وتَخلَّفت وهذه أسلَمت وتَخلَّفَ وفي الحكم من حيثُ إنّ الفُرْقة ثَمَّ نَشَأَتْ عن تَخلُّفِها وهنا نَشَأَتْ عن تَخلُّفِه وهي فيهما فُرْقة فسخٌ لا طلاقٌ لأنّها بغيرِ اختيارِهما، (ولو أسلَما مَعًا) قبلَ وطْءٍ أو بعدَه (دامَ النكاحُ) بينهما إجماعًا على أيِّ كُفْرٍ كانا ولِتَساويهِما في الإسلامِ المُناسِبُ لِلتَّقْريرِ: فارَقَ هذا ما لو ارتَدّا مَعًا (والمعيّةُ) في الإسلامِ إنّما تُعْتَبَرُ (بآخِرِ اللفظِ) المُحَصِّلِ له لأنّ المدارَ في حُصولِه عليه دون أوّلِه ووَسَطِه.

وظاهرٌ أنّ هذا يَجْري في غيرِ هذا المحَلِّ فلو شَرَعَ في كلِمةِ الشّهادةِ فمات موَرِّثُه بعدَ أوّلِها وقبلَ آخِرِها لم يَرِثه وكان قياسُ ما مَرَّ في الصّلاةِ من أنّه يتبَيَّنُ بالرّاءِ دخولُه فيها من حينِ النُّطْقِ بالهمزةِ أنْ يُقال بالتَّبَيُّنِ هنا إلا أنْ يُفَرَّقَ بأنّ التّكْبيرَ ثَمَّ رُكْنٌ وهو من الأجزاءِ فكان ذلك التَّبَيُّنُ ضروريًّا ثَمَّ وأمّا هنا فكلِمةُ الشّهادةِ خارِجةٌ عن ماهيّةِ الإسلامِ فلا حاجةَ لِلتَّبَيُّنِ فيها بل لا يصحُّ لأنّ المُحَصِّلَ هو تمامُها لا ما قبله من أجزائِها والإسلامُ بالتّبَعيّةِ كهو استقلالاً فيما ذُكِرَ نعم، لو أسلَمت بالِغةٌ عاقِلةٌ مع أبي الطِّفْلِ أو المجنونِ قبلَ نحوِ الوطءِ دامَ النّكاحُ كما اقتضاه كلامُهما بناءً على ما صَحَّحوه أنّ العِلّةَ الشرعيّةَ تُقارِنُ معلولها فتَرَتُّبُ إسلامِه على إسلامِ أبيه لا يقتضي تَقَدُّمًا وتأخُّرًا بالزّمانِ وقال جمعٌ منهم البغَويّ: تَتَنَجَّزُ الفُرْقة بناءً على تَقَدُّمِها واختارَه السُّبْكيُّ ووَجَّهَه البُلْقينيُّ ومَنْ تَبِعَه بعدمِ مُقارَنةِ إسلامِه لإسلامِها لأنّ إسلامَه إنّما يقعُ عَقِبَ إسلامِ أبيه فهو عَقِبَ إسلامِها لأنّ الحكمَ لِلتّابِعِ مُتأخِّرٌ عن الحكمِ للمتبوعِ فلا يُحْكمُ للوَلَدِ بإسلامٍ حتى يَصيرَ الأبُ مسلمًا، ولَك رَدُّه بأنّه إنْ كان بَنَى كلامَه على ما بَناه عليه البغَويّ وغيرُه من تَقَدُّمِ العِلّةِ بالزّمانِ لم يحتج لهذا التوجيه وإنْ بَناه على الأصحِّ أنّ العِلّةَ تُقارِنُ معلولها لم يصحَّ هذا التوجيه لأنّ الشّارِعَ نَزَّلَ نُطْقَ المتبوعِ بالإسلامِ منزلةَ نُطْقِ التّابِعِ به فكأنّ نُطْقَهما وقَعَ في زَمَنٍ واحدٍ وحينئذٍ اندَفع زَعْمُه أنّ إسلامَه لم يُقارِنْ إسلامَها، وقولُه لأنّ الحكمَ لِلتّابِعِ إلى آخِرِه لا يُفيدُ هنا لأنّ المدارَ فيه على التّقَدُّمِ والتّأخُّرِ بالزّمانِ لِكونِه محسوسًا لا بالرُّتْبةِ لأنّه أمرٌ عقليٌّ لا يُناسِبُ هنا فتأمّلْه قال البغَويّ ويَبْطُلُ أيضًا إنْ أسلَمت عَقِبَ إسلامِ الأبِ لأنّ إسلامَها قوليٌّ وإسلامَه حكميٌّ وهو أسرَعُ فيكونُ إسلامُه مُتَقَدِّمًا على إسلامِها ويأتي ذلك في إسلامِ أبيها معه.

(فائِدةٌ): ورَدَ أنّه ﷺ زَوَّجَ بنتَه زَيْنَبَ رضي الله عنها لأبي العاصِ بنِ الرّبيعِ رضي الله عنه قبلَ البعْثةِ ولا إشكالَ فيه لأنّه حينئذٍ لا يُحْكمُ عليه بإسلامٍ ولا كُفْرٍ، والعقدَ لا يوصَفُ بحِلٍّ ولا حرمةٍ ثمّ بعدَ البعْثةِ كان كافِرًا و لم تَبِن منه بانقضاءِ عِدَّتِها لأنّ تَحْريمَ نِكاحِ الكافرِ للمسلمةِ إنّما نزل بعدَ الهِجْرةِ بل استَمَرَّتْ

وَحَيْثُ أَدَمنا لا تَضُرُّ مُقارَنةُ العقْدِ لِمُفْسِدٍ هو زائِلٌ عندَ الإسْلامِ وكانتْ بحَيْثُ تَحِلُّ له الآنَ، وإنْ بَقِيَ المُفْسِدُ فلا نِكاحَ فَيُقَرُّ بلا وليٍّ وشُهودٍ، وفي عِدَّةٍ هيَ مُنْقَضيةٌ عندَ الإسْلامِ، ومُؤَقَّتٍ، إن اعْتَقَدوه مُؤَبَّدًا، وكذا لو قارَنَ الإسْلامَ عِدّةُ شُبْهةٍ على المذْهَبِ...

معزولةً عنه إلى الهِجْرةِ فهاجَرَتْ معه ﷺ واستَمَرَّتْ كذلك حتى نزلتْ آيةُ تَحْريم المسلمات على المُشْرِكين بعدَ صُلْحِ الحُدَيْبِيةِ سنةَ سِتٍّ فحينئذٍ تَوَقَّفَ انفساخُ نِكاحِها على انقضاءِ عِدَّتها فلم يَلْبَثْ حتى جاءَ وأظهرَ إسلامَه فردَّها ﷺ له بنِكاحِها الأوّلِ لأنّه ليس بين إسلامِه وتَوَقُّفِ نِكاحِها على انقضاءِ العِدّةِ إلا اليسيرُ وبما تقرّر في هذه القضيّةِ يُعْلَمُ أنّ جميعَ ما فيها موافِقٌ لِمذهبِنا لا يَرِدُ عليه منها شيءٌ خلافًا لِمَنْ زعم فيها أشياءَ لم تَثْبُتْ ثمّ أورَدَها علينا.

(وحيثُ أدَمْنا النّكاحَ لا تَضُرُّ مُقارَنةُ العقدِ) أي عقدِ النّكاحِ الواقعِ في الكُفْرِ (لِمُفْسِدٍ) من مُفْسِدات النّكاح (هو زائِلٌ عندَ الإسلام) لأنّ الشُّروطَ لَمّا أُلْغِيَ اعتبارُها حالَ نِكاحِ الكافِرِ رُخْصةً لِكونِ جمعٍ من الصَّحابةِ أسلَموا وأقَرَّهم النّبيُّ ﷺ بل وأمَرَ مَنْ أسلَمَ على أختَين أنْ يختارَ إحداهما وعلى عَشْرٍ أنْ يختارَ أربَعًا وجَبَ اعتبارُها حالَ التزامِ أحكامِنا بالإسلام لِئَلّا يخلوَ العقدُ عن شرطِه في الحالين مَعًا نعم، إن اعتَقَدوا إفسادَ المُفْسِدِ الزّائِلِ فلا تقريرَ ويظهرُ فيما لو اختلف دينُ قوْمِ الزوجِ والزوجةِ اعتبارُ الأوّلِ أخذًا مِمّا مَرَّ أوّلَ بابِ مَوانِعِ النّكاحِ.

(وكانت بحيثُ تَحِلُّ له الآنَ) أي يَحِلُّ له ابتداءُ نِكاحِها وقتَ الإسلامِ قيلَ لا حاجةَ لهذا لأنّه احتَرَزَ عن مسألةِ الحُرّةِ والأمةِ الآتيةِ وهي معلومةٌ مِمّا قبله لأنّ المُفْسِدَ فيها وهو عدمُ الحاجةِ لِنِكاحِ الأمةِ لم يَزُلْ عندَ الإسلام وأُجيبَ بأنّه ذُكِرَ تأكيدًا وإيضاحًا (وإنْ بَقِيَ المُفسِدُ) المُقارِنُ لِعقدِ الكُفْرِ إلى وقت إسلامِ أحدِهِما بحيثُ كانت مُحَرَّمةً عليه وقتَه كنِكاحِ مُحْرِمٍ ومُلاعَنةٍ ومُطَلَّقة ثلاثًا قبلَ تَحْليلٍ (فلا نِكاحَ) بينهما لامتناعِ ابتدائِه حينئذٍ إذا تقرّر ذلك (فيُقَرُّ على نِكاحٍ بلا وليٍّ ولا شُهودٍ) أو مع إكْراهٍ أو نحوِه لِحِلِّ نِكاحِها الآنَ فالضّابِطُ أنْ تكون الآنَ بحيثُ يَحِلُّ ابتداءُ نِكاحِها مع تَقَدُّمِ ما تُسَمَّى به زوجةً عندَهم (و) يُقَرُّ على نِكاحٍ وقَعَ (في عِدّةٍ) للغيرِ سواءٌ عِدّةُ الشُّبْهةِ وغيرِها (هي مُنْقَضيةٌ عندَ الإسلام) بخلافِها إذا بَقِيَتْ لِما تقرّرَ (و) يُقَرُّ على غَصْبِ حربيٍّ أو ذِمّيٍّ لِحربيّةٍ إن اعتَقَدوه نِكاحًا وعلى نِكاحٍ (مُؤَقَّتٍ إن اعتقَدوه مُؤَبَّدًا) إلغاءً لِذِكْرِ الوقت بخلافِ ما إذا اعتقَدوه مُؤَقَّتًا فإنّهم لا يُقَرّون عليه وإنْ أسلَما قبلَ تمامِ المُدّةِ لأنّ بعدَها لا نِكاحَ في اعتقادِهم وقبلها يعتقدونَه مُؤَقَّتًا ومثلُه لا يَحِلُّ ابتداؤُه وبهذا يُفَرَّقُ بين هذا والتّفصيلِ في شرطِ الخيارِ وفي النّكاحِ في العِدّةِ بين بَقاءِ المُدّةِ والعِدّةِ فلا يُقَرّون وانقضائِهما فيُقَرّون وحاصِلُه أنّ بعدَها هنا لا نِكاحَ في اعتقادِهم بخلافِه في ذَينك وقبلها الحكمُ واحدٌ في الكلِّ (وكذا) يُقَرُّ (ولو قارَنَ الإسلامَ) من أحدِهِما أو منهما (عِدّةَ شُبهةٍ) كأنْ أسلَمَ فوُطِئَتْ بشُبهةٍ ثمّ أسلَمت أو عكسُه أو وُطِئَتْ بشُبهةٍ ثمّ أسلَما في عِدَّتها (على المذهبِ) وإن امتنع ابتداءُ نِكاحِ المعتدّةِ لأنّ طُروَّ عِدّةِ الشُّبْهةِ لا يقطَعُ نِكاحَ المسلمِ فهذا أولى فمن ثَمّ غلب عليه حكمُ الاستدامةِ هنا

لا نِكاحُ مَحْرَمٍ. ولو أَسْلَمَ ثم أَحْرَمَ ثم أَسْلَمَتْ وهو مُحْرِمٌ أُقِرَّ على المذْهَبِ. ولو نَكَحَ حُرّةً وأَمةً وأَسْلموا تَعيَّنَت الحُرّةُ وانْدَفَعَت الأمةُ على المذْهَبِ. وَنِكاحُ الكُفّارِ صَحيحٌ على الصّحيحِ، ....

دون نَظائِرِه نعم، إنْ حَرَّمَها وطْءُ ذي الشُّبْهةِ عليه لِكونِه أباه أو ابنَه فلا تقريرَ كما مالَ إليه الأذرَعيُّ وله احتمالٌ أنّه يُناطُ بمُعتقَدِهم فإنْ لم يعتقدوا فيه شيئًا فلا تقريرَ ويَرُدُّه ما يأتي أنّ نِكاحَ المحرَم لا يُنْظَرُ لاعتقادِهم فيه وحيثُ لم يقترِنْ بمُفسِدٍ لا يُؤَثِّرُ اعتقادُهم لِفَسادِه لأنّه لا رُخصةَ في رِعايةِ اعتقادِهم حينئذٍ (لا نِكاحِ محرَم) كبنته وزوجةِ أبيه فإنّه لا يُقَرُّ عليه إجماعًا نعم، لا نَتعرَّضُ لهم فيه إلا بقَيْدِه الآتي ولا نِكاحَ زوجةٍ لِآخرَ كذا أطلقوه ويظهرُ أنّ مَحلَّه حيثُ لم يقصِد الاستيلاءَ عليها وهي حربيّةٌ وإلا مَلَكها وانفسَخَ نِكاحُ الأوّلِ كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي ولا نِكاحَ بشرطِ الخيارِ ولو لأحَدِهما قبلَ انقضاءِ المُدّةِ إلا إن اعتقَدوا إلغاءَ الشرطِ وأنّه لا أثَرَ له فيما يظهرُ أخذًا مِمّا مَرَّ في المُؤَقَّت فإنْ قُلْت: ما الفرقُ بين مُؤَقَّتٍ اعتقَدوا صحّتَه مع التّأقيت ونحوِ نِكاحٍ بلا وليٍّ وشُهودٍ اعتقَدوا صحّتَه؟ قُلْت: لأنّ أثَرَ التّأقيت من زَوالِ العِصْمةِ عندَ انتهاءِ الوقت باقٍ فلم يُنْظَرْ لاعتقادِهم.

(ولو أسلَمَ ثمّ أحرَمَ) بنُسُكٍ (ثمّ أسلَمت) في العِدّةِ (وهو مُحْرِمٌ) أو أسلَمت ثمّ أحرَمت ثمّ أسلَمَ في العِدّةِ وهي مُحْرِمةٌ (أُقِرّ) النّكاحُ بينهما (على المذهبِ) لأنّ طُروَّ الإحرامِ لا يُؤَثِّرُ في نِكاحِ المسلم فهذا أولى نظيرَ ما مَرَّ أمّا لو أسلَما مَعًا ثمّ أحرَمَ أحدُهما فيُقَرُّ جَزْمًا، (ولو نَكحَ حُرّةً) صالِحةً لِلتَّمَتُّعِ (وأمةً) مَعًا أو مُرَتَّبًا (وأسلَموا) أي الثلاثةُ مَعًا ولو قبلَ وطْءٍ أو أسلَمت الحُرّةُ قبله أو بعدَه في العِدّةِ كما يأتي في ضِمْنِ تقسيمِ مُنِعَ وُقوعُه في التّكْرارِ (تعيَّنَت الحُرّةُ واندَفعت الأمةُ على المذهبِ) لامتناعِ نِكاحِها مع وجودِ حُرّةٍ صالِحةٍ تحتَه وإنّما لم يُفرِّقوا بين تَقَدُّمِ نِكاحِها وتأخُّرِه لِما مَرَّ آنِفًا في الأختَين وكذا تندَفِعُ الأمةُ بيَسارٍ أو إعفافٍ طارِئٍ قارَنَ إسلامَهما مَعًا وإنْ فُقِدَ ابتداءً وإلا فلا وإنْ وُجِدَ ابتداءً لأنّ وقتَ اجتماعِهما فيه هو وقتُ جوازِ نِكاحِ الأمةِ إذ لو سبَقَ إسلامُه حُرِّمت عليه الأمةُ لِكُفْرِها أو إسلامُها حُرِّمت عليه لإسلامِها وإنّما غَلَّبوا هنا شائِبةَ الابتداءِ لأنّ المُفْسِدَ خوفُ إرْقاقِ الولدِ وهو دائِمٌ فأشبَهَ المحرَميّةَ بخلافِ العِدّةِ والإحرامِ لِزَوالِهما عن قُربٍ.

(ونِكاحُ الكُفّارِ) الأصليّين الذي لم يستوفِ شُروطَنا لكن إنْ كان مِمّا يُقَرّون عليه لو أسلَموا بناءً على ما نَقَلاه عن الإمامِ من القطعِ بأنّ مَنْ نَكحَ محرَمَه لا يترَتَّبُ عليه ما يترَتَّبُ على نِكاحِ غيرِها من نحوِ المُسَمَّى تارةً ومهرِ المثلِ أخرى لأنّ النّكاحَ لم ينعقِدْ ورجحه الأذرَعيُّ وأيّده بالنّصِّ وغيرِه ونَقَله عن جَماعةٍ لَكِنّهما نَقَلا عن القفّالِ أنّها كغيرِها وكلامُهما يَميلُ إليه فيُحْكَمُ بصحّةِ نِكاحِها واستثناؤُها إنّما هو مِمّا يُقَرّون عليه لا من الحكمِ بصحّةِ أنْكِحَتِهم (صحيحٌ) أي محكومٌ بصحّته إذِ الصِّحّةُ تَستَدْعي تَحَقُّقَ الشُّروطِ بخلافِ الحكمِ بها رُخصةً وتخفيفًا (على الصّحيحِ) لِما مَرَّ من التّخْييرِ بين إحدَى الأختَين والأمرِ بإمساكِ أربَعٍ من عَشَرةٍ مع عدمِ البحثِ عن وجودِ شَرائِطِه أو لا أمّا ما استوفَى

وقيلَ فاسِدٌ، وقيلَ إنْ أسْلمَ وقُرِّرَ تَبيَّنّا صِحَّتَه، وإلّا فلا. فَعلى الصّحيحِ لو طَلَّقَ ثَلاثًا ثم أسْلما لم تَحِلَّ بمُحَلِّلٍ. وَمَنْ قُرِّرَتْ فَلَها المُسَمَّى الصّحيحُ. وأمّا الفاسِدُ كَخَمرٍ، فإنْ قَبَضَتْه قبلَ الإسْلامِ فلا شَيْءَ لَها، وإلّا فَمَهْرُ مِثْلٍ، وإنْ قَبَضَتْ بعضَه فَلَها قِسْطُ ما بَقيَ من مَهْرِ مِثْلٍ.

شُروطَنا فهو صحيحٌ جَزْمًا (وقيلَ: فاسِدٌ) لِعدمِ مُراعاتِهم لِلشُّروطِ وإقرارُهم عليه رُخصةٌ لِلتَّرْغيبِ في الإسلامِ (وقيلَ) لا يُحكَمُ بصحّته ولا بفَسادِه بل يتوقَّفُ إلى الإسلامِ ثمّ (إنْ أسلَمَ وقُرِّرَ) عليه (تَبيَّنّا صحّتَه وإلا فلا) إذْ لا يُمْكِنُ إطلاقُ صحّته مع اختلالِ شُروطِه، ولا فسادِه مع أنّه يُقَرُّ عليه (فعلى الصّحيحِ) وهو الحكمُ بصحّةِ أنْكِحَتهم.

(لو طَلَّقَ) كِتابيّةً (ثلاثًا) في الكُفْرِ ثمّ أسلَمَ هو أو غيرَها (ثمّ أسلَما) ولم تَتَحَلَّلْ في الكُفْرِ وما ذكرْته في الصّورةِ الأولى ظاهرٌ وإنْ أوهَمَ إطباقُهم على التعبيرِ هنا بثُمَّ أسلَما خلافَه لَكِنّ قولَهم السّابِقَ وتحتَه كِتابيّةٌ حُرّةٌ يَحِلُّ له نِكاحُها ابتداءً يُفْهِمُ هذا (لم تَحِلَّ) له (إلا بمُحَلِّلٍ) بشُروطِه السّابِقة وإنْ لم يعتقدوا وُقوعَ الطّلاقِ إذْ لا أثَرَ لاعتقادِهم مع الحكم بالصِّحّةِ وعلى الأخيرَين لا يقعُ على كلامٍ في ثانيهما لابنِ الرِّفعةِ وفيهما للأذرَعيِّ فإنّه قال الظّاهرُ أنّه يقعُ في كلِّ عقدٍ يُقَرُّ عليه في الإسلام وذلك موجودٌ في كلامِ الأصحابِ ولو نكَحَها في الشِّرْكِ من غيرِ مُحَلِّلٍ ثمّ أسلَما لم يُقَرَّ ولو طَلَّقَ أختَين أو حُرّةً وأمةً ثلاثًا ثلاثًا قبلَ إسلامِ الكلِّ لم ينكِحْ واحدةً إلا بمُحَلِّلٍ أو بعدَ إسلامٍ لم ينكِحْ مختارةَ الأختَين أو الحُرّةَ إلا بمُحَلِّلٍ (و) اعلم أنّه كما ثَبَتَت الصِّحّةُ لِلنّكاحِ ثَبَتَ المُسَمّى على غيرِ قولِ الفسادِ فحينئذٍ (مَن قُرِّرَتْ فلها المُسَمَّى الصّحيحُ) أمّا على قولِ الفسادِ فالأوجَه أنّ لها مهرَ المثلِ (وأمّا) المُسَمَّى (الفاسِدُ كخمرٍ) مُعَيَّنةٍ أو في الذِّمّةِ (فإنْ قبضَتْه) أي الرّشيدةُ أو قبضه وليُّ غيرِها وإلا رُجِعَ لاعتقادِهم على الأوجَه.

(قبلَ الإسلامِ فلا شيءَ لها) لانفِصالِ الأمرِ بينهما قبلَ أنْ يَجْرِيَ عليهم حكمُنا نعم، إنْ أصدَقَها حُرًّا مسلمًا استَرَقّوه فلها مهرُ المثلِ وإنْ قبضتْه قبلَ الإسلام لأنّا لا نُقِرُّهم في كُفرِهم عليه بخلافِ نحوِ الخمرِ ولأنّ الفسادَ في الخمرِ لِحَقِّ اللّه تعالى وهنا لِحَقِّ المسلم فلا يَجوزُ العفْوُ عنه وكالمسلم سائِرُ ما يختَصُّ به كأُمِّ ولَدِه نصَّ عليه ويظهرُ أنّ الحُرَّ الذِّمّيَّ الذي بدارِنا وما يختَصُّ به كذلك لأنّه يلزمُنا الدفعُ عنهم ثمّ رأيت بعضَهم بحثه أيضًا لَكِنّه لم يُقَيِّدْه بما قيَّدْت به ولا بُدَّ منه كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي (وإلا) تقبِضْه قبلَ الإسلام (فلها مهرُ مثلٍ) لأنّها لم ترضَ إلا بمهرٍ ويتعذَّرُ الآنَ مُطالَبَتُها بالخمرِ فيَتعيَّنُ البدَلُ الشرعيُّ وهو مهرُ المثلِ (وإنْ قبضتْ بعضَه) في الكُفرِ (فلها قِسطُ ما بَقِيَ من مهرِ مثلٍ) لِتعذُّرِ قبضِ البعضِ الآخرِ بالإسلامِ نعم، لو كانت حربيّةً ومَنَعَها من ذلك أو المُسَمّى الصّحيحَ قاصِدًا تَمَلُّكَه سقطَ كما لو نَكحوا تفويضًا واعتقادُهم أنْ لا مهرَ للمُفَوَّضةِ بحالٍ ثمّ أسلَموا بعدَ وطْءٍ أو قبله فلا مهرَ لأنّه استحَقَّ وطْئًا بلا مهرٍ كما قاله هنا وذكرا في الصّداقِ خلافَه لَكِنّه في الذِّمّيّين

وَمَن انْدَفَعَتْ بإسْلامٍ بعد دُخولٍ فَلَها المُسَمَّى الصّحيحُ إنْ صُحِّحَ نِكاحُهم، وإلّا فَمَهْرُ مِثْلٍ أو قبلَه وصُحِّحَ، فإنْ كان الانْدِفاعُ بإسْلامِها فلا شَيْءَ لَها، وبإسْلامِه فَنِصْفُ مُسَمًّى إنْ كان صَحيحًا، وإلّا فَنِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ. ولو تَرافَعَ إلَيْنا ذِمّيٌّ ومُسْلِمٌ وجَبَ الحُكْمُ، أو ذِمّيّانِ وجَبَ في الأَظْهَرِ، ونُقِرُّهم على ما نُقِرُّ لو أسْلموا، ونُبْطِلُ ما لا نُقِرُّ.

لالتزامِهم أحكامَنا فتعيَّنَ أنّ ما هنا في حربيَّين والاعتبارُ في تقسيطِ ذلك في صورةِ مثليٍّ كخمرٍ تعدَّدَتْ ظُروفُها واختلف قدرُها أم لا بالكيْلِ وفي صورةِ مُتَقَوِّم كخمرَين زادتْ إحداهما بوَصْفٍ يقتضي زيادةَ قيمَتها وكخِنْزيرَين واجتماعِهِما كخمرٍ وكلْبَين وثلاثةِ خَنازيرَ وقبضتْ أحدَ الأجناسِ أو بعضَه بالقيمةِ عندَ مَنْ يَراها.

(ومَنِ اندَفعتْ بإسلامٍ) منها أو منه (بعدَ دخولٍ) أو استدخالِ مَنيٍّ مُحْتَرَمٍ بأنْ أسلَمَ أحدُهما ولم يُسلِمِ الآخرُ في العِدّةِ (فلَها المُسَمَّى الصّحيحُ إنْ صُحِّحَ نِكاحُهم) لاستقرارِه بالدُّخولِ وأُوردَ عليه أنّه لو نكحَ أُمًّا وبنتَها ودخل بالأُمِّ ثمّ أسلَمَ وجَبَ لها مهرُ المثلِ مع أنّها إنّما اندَفعتْ بإسلامٍ بعدَ دخولٍ ويُرَدُّ بمَنعِ هذا الحصرِ وإنّما الذي دَفعها في الحقيقة صَيْرورَتُها محرَمًا له بالعقدِ على بنتِها على أنّه يأتي قريبًا أنّ مَحَلَّ وجوبِ مهرِ المثلِ إنْ فسَدَ المُسَمَّى (وإلا) أو كان قد سُمّيَ فاسِدًا ولم تقبِضه في الكُفْرِ (فمهرُ مثلٍ) لها في مُقابَلةِ الوطءِ فإنْ قبضتْ بعضَه في الكُفْرِ فكما مَرَّ آنِفًا (و) اندَفعتْ بإسلامٍ (قبله) أي الدُّخولِ (وصَحَّ) النّكاحُ لاستيفائِه شَرائِطَه أو على الأصحِّ أنّه محكومٌ بصحّته (فإنْ كانَ الاندِفاعُ بإسلامِها فلا شيءَ لها) لأنّ الفُرْقة من جهتها وإذا لم يجبْ لها شيءٌ مع صحّته فأولى مع فسادِه إذِ الفرضُ أنْ لا وطْءَ فقولُه «وصُحِّحَ» غيرُ قيْدٍ هنا بل فيما بعدَه كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي وبهذا يندَفِعُ الاعتراضُ عليه (أو بإسلامِه) وصُحِّحَ النّكاحُ (فنصفُ مُسَمًّى إنْ كان) المُسَمَّى (صحيحًا وإلا) يصحَّ كخمرٍ (فنصفُ مهرِ مثلٍ) ككلِّ تسميةٍ فاسِدةٍ فإنْ لم يُسَمَّ شيءٌ فمُتْعةٌ أمّا إذا لم يُصَحَّح النّكاحُ فلا شيءَ لها لأنّ الموجِبَ في النّكاحِ الفاسِدِ إنّما هو الوطءُ أو نحوُه ولم يوجَدْ، (ولو تَرافع إلينا) في نِكاحٍ أو غيرِه (ذِمّيٌّ) أو مُعاهَدٌ (ومسلمٌ وجَبَ) علينا (الحكمُ) بينهما جزْمًا (أو ذِمّيانِ) كيهوديَّين أو نصرانيَّين أو ذِمّيٌّ ومُعاهَدٍ (وجَبَ) الحكمُ بينهما (في الأظهرِ) قال تعالى ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] وهي ناسِخةٌ كما صَحَّ عن ابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُما لِقولِه ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ وَٱحۡذَرۡهُمۡ أَن يَفۡتِنُوكَ عَنۢ بَعۡضِ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ إِلَيۡكَۖ فَإِن تَوَلَّوۡاْ فَٱعۡلَمۡ أَنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعۡضِ ذُنُوبِهِمۡۗ وَإِنَّ كَثِيرٗا مِّنَ ٱلنَّاسِ لَفَٰسِقُونَ﴾ [المائدة: ٤٩] أمّا بين يَهوديٍّ ونصرانيٍّ حُمِلَ التّخْييرُ فلا نسخَ وهو أولى وحيثُ وجَبَ الحكمُ بينهما لم يُشْتَرَطْ رِضا الخصْمَين بل فيجبُ جزْمًا وقيلَ على الخلافِ لا مُعاهَدانِ لأنّا لم نَلْتَزِم دَفْعَ بعضِهم عن بعضٍ وعليهما رِضا أحدِهما وحينئذٍ يجبُ الإعداءُ والحُضورُ وطَلَبُه رِضًا (ونُقِرُّهم) أيِ الكُفّارَ فيما تَرافَعوا فيه إلينا (على ما نُقِرُّهم) عليه (لو أسلَموا ونُبْطِلُ ما لا نُقِرُّ) هم عليه لو أسلَموا خَتَمَ بهذا مع تَقَدُّمِ كثيرٍ من صوَرِه لأنّه ضابِطٌ صحيحٌ يَجْمَعُها وغيرَها فنُقِرُّهم

....

على نحوِ نِكاحٍ خَلا عن وليٍّ وشُهودٍ لا على نحوِ نِكاحٍ محرَمٍ بخلافِ ما لو عَلِمْناه فيهم ولم يترافَعوا إلينا فيه فلا نَتعرَّضُ لهم ولو جاءَنا مَنْ تحتَه أختانِ لِطَلَبِ فرضِ النَّفَقة مثلاً أعرَضْنا عنه إلا إنْ رَضيَ بحكمِنا فنَأمُرُه اختيارَ إحداهما ويُجيبُهم حاكِمُنا في تزويجِ كِتابيّةٍ لا وليَّ لها بشُهودٍ مِنّا ومَنْ ثَبَتَ عليه منهم زِنًا أو سرِقة يُحَدُّ - وإنْ لم يرضَ -، أو شُرْبُ خمرٍ لم يُحَدَّ وإنْ رَضيَ لاعتقادِهم حِلَّها فإنْ قُلْت يُشْكِلُ عليه حَدُّ الحنَفيِّ بشُرْبِ ما لا يُسكِرُ قُلْت: يُفَرَّقُ بأنّ من عقيدةِ الحنَفيِّ أنّ العبرةَ بمذهبِ الحاكِمِ المُترافَعِ إليه مع التزامِه لِقَواعِدِ الأدِلّةِ الشّاهِدةِ بضَعْفِ رَأيِه فيه ولا كذلك هم فإنْ قُلْت لِمَ فارَقتِ الخمرُ نحوَ الزِّنا قُلْت لأنّها أسهَلُ لأنّها أُحِلَّتْ وإنْ أسكرَتْ في ابتداءِ مِلّتنا وتلك لم تَحِلَّ في مِلّةٍ قطُّ فمن ثَمَّ استُثنِيَتْ - أعني الخمرَ - من قولِهم يلزمُه الحكمُ بينهم بأحكامِ الإسلامِ لقوله تعالى ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] وإحضارُ التوراةِ لِرَجْمِ الزّانيين إنّما هو لِتَكْذيبِ ابنِ صوريا اللّعينِ في قولِه: ليس فيها رَجْمٌ لا لِرِعايةِ اعتقادِهم ولو تَحاكموا إلينا بعدَ القبضِ في بيعٍ فاسِدٍ أو قبله وقد حكم حاكِمُهم بإمضائِه لم نَتعرَّضْ له وإلا نَقَضْناه كذا أطلقوه وهو مُشْكِلٌ بما مَرَّ في نحوِ النّكاحِ المُؤَقَّت أو بشرطِ نحوِ خيارٍ من النّظَرِ لاعتقادِهم وإنْ لم يحكُم به حاكِمُهم فالوجه أنّ المُرادَ بحكمِ حاكِمِهم هنا اعتقادُهم أي فإن اعتَقَدوه صحيحًا لم نَتعرَّضْ له وإلا نَقَضْناه وحينئذٍ فالحاصِلُ كما يُعْلَمُ من هذا مع ما مَرَّ في قولي فإنْ قُلْت ما الفرقُ إلى آخِرِه أنّهم متى نكحوا نِكاحًا. أو عَقَدوا عقدًا مختَلاً عندَنا لم نَتعرَّضْ لهم فيه ثمّ إنْ ترافَعوا إلينا فيه أو في شيءٍ من آثارِه وعَلِمْنا اشتماله على المُفْسِدِ وليس لَنا البحثُ عنه فيما يظهرُ لأنّ الأصلَ في أنْكِحَتهم الصِّحّةُ كأنْكِحَتنا نَظَرْنا فإنْ كان سبَبُ الفسادِ مُنْقضيًا أثَرُه عندَ التّرافُعِ كالخُلوِّ عن الوليِّ والشُّهودِ وكمُقارَنَته لِعِدّةٍ انقضت وغيرِ ذلك من كلِّ مُفْسِدٍ انقضى وكانتْ بحيثُ تَحِلُّ له الآنَ أقرَرْناهم وإنْ كانت بحيثُ لا تَحِلُّ له عندَنا فإنْ قويَ المانِعُ كنِكاحِ أمةٍ بلا شُروطِها ومُطَلَّقة ثلاثًا قبلَ التحليلِ لم نَنْظُرْ لاعتقادِهم وفَرَّقْنا بينهم احتياطًا لِرِقِّ الولدِ وللبُضْعِ ومنه فيما يظهرُ عدمُ الكفاءةِ دَفعًا للعارِ وإنْ ضَعُفَ كمُؤَقَّتٍ اعتَقَدوه مُؤَبَّدًا ومَشْروطٍ فيه نحوُ خيارٍ ونِكاحِ مغصوبةٍ نَظَرْنا لاعتقادِهم فيه فإنْ قُلْت: هم مُكلَّفون بالفُروعِ فلِمَ لم نُؤاخِذْهم بها مُطْلَقًا قُلْت ذاك إنّما هو بالنّظَرِ لِعِقابِهم عليها في الآخِرةِ وما نحن فيه إنّما هو بالنّسبةِ لأحكامِ الدُّنْيا على أنّ التحقيقَ عندي أنّهم ليسوا مُكلَّفين إلا بالفُروعِ المُجْمَعِ عليها دون المختَلَفِ فيها إذْ لا عِقابَ فيه إلا على مُعتَقِدِ التحريمِ أو المُقَلِّدِ له ولا يُنافي ما قرَّرْته حملي في شرح الإرشادِ قولَ الماوَرْديِّ العبرةُ في صِيَغِ طلاقِهم بما عندَهم على أنّ مَحَلَّه ما إذا لم يترافَعوا إلينا وإلا حَكَمْنا باعتقادِنا؛ لأنّ ذاك في آثارِ عقدٍ لم نعلم اشتماله على مُفْسِدٍ وما هنا في آثارِ عقدٍ عُلِمَ اشتمالُه عليه وكان الفرقُ أنّا قد نُقِرُّهم على عُقودٍ مختَلّةٍ ترغيبًا في الإسلامِ وما هنا محضُ أثَرٍ لا ترغيبَ فيه فحَكَمْنا فيه باعتقادِنا.

فَصْلٌ

أَسْلمَ وتَحْتَه أَكْثَرُ من أربَعٍ وأَسْلمنَ معه أو في العِدّةِ أو كُنّ كِتابيّاتٍ لَزِمَه اخْتيارُ أربَعٍ، ويَنْدَفِعُ مَنْ زادَ، وإنْ أَسْلمَ معه قبلَ دُخولٍ أو في العِدّةِ أربَعٌ فَقَطْ تَعَيَّنَ.

فصل في أحكامِ زوجاتِ الكافرِ إذا أسلَمَ وهُنّ زائداتٌ على العددِ الشرعيِّ

إذا (أسلَمَ) كافِرٌ حُرٌّ (وتحتَه أكثرُ من أربَعٍ) من الزوجات الحرائِرِ (وأسلمنَ معه) ولو قبلَ وطْءٍ (أو) أسلمنَ قبله ثمّ أسلَمَ هو أو عكسُه بعدَ نحوِ وطْءٍ وهُنّ (في العِدّةِ أو كُنّ كِتابياتٍ) يَحِلُّ للمسلم نِكاحُهُنّ وإنْ لم يُسلِمْنَ (لَزِمَه) لُزومًا حَتْمًا خلافًا لِمَنْ زعم أنّ معنى لَزِمَه أنّ له ذلك إنْ تأهَّلَ لِلاختيارِ لِكونِه مُكلَّفًا أو سكْرانًا مختارًا غيرَ مُرْتَدٍّ ولو مع إحرامٍ وعِدّةِ شُبهةٍ (اختيارُ أربَعٍ) - ولو ضِمْنًا بأنْ يختارَ الفسخَ فيما زاد عليهنّ كما يأتي لِحرمةِ الزّائِدِ عليهنّ - لا إمساكُهُنّ فله بعدَ اختيارِهِنّ فِراقُهُنّ (منهن) ولو مَيِّتاتٍ فيَرِثُهُنّ تَقَدَّمْنَ أو تأخَّرْنَ استوفَى نِكاحُهُنّ الشُّروطَ أم لم يستوفِها كأنْ عَقَدَ عليهنّ مَعًا للخبرِ الصّحيحِ السّابِقِ «أنّه ﷺ أمَرَ مَنْ أسلَمَ وتحتَه عَشْرُ نِسوةٍ أنْ يختارَ أربَعًا» ولم يُفَصِّلْ له فدَلَّ على العمومِ كما هو شَأنُ الوقائعِ القوليّةِ وحملُه على الأوائِلِ تَرُدُّه رِوايةُ الشافعيِّ والبيْهَقيِّ فيمَنْ تحتَه خمسٌ اختارَ أولاهُنّ للفِراقِ وعلى تجديدِ العقدِ مُخالِفٌ لِلظّاهرِ من غيرِ دليلٍ، وإسلامُ مَنْ فيه رِقٌّ على أكثرَ من ثِنْتَين كإسلامِ الحُرِّ على أكثرَ من أربَعٍ هنا وفي جميعِ ما يأتي وقد يُتَصَوَّرُ اختيارُه لأربَعٍ بأنْ يعتقَ قبلَ إسلامِه سواءٌ قبلَ إسلامِهِنّ أو بعدَه أو معه أو بعدَ إسلامِه وقبلَ إسلامِهِنّ لأنّ العبرةَ بوقت الاختيارِ وهو عندَه حُرٌّ.

ومن ثَمَّ امتنع عليه إمساكُ الأمةِ ولو أسلَمَ معه أو في العِدّةِ ثِنْتانِ ثمّ عَتَقَ ثمّ أسلَمت الباقياتُ فيها لم يختر الاثنتَين ولو من المُتأخِّرات لاستيفائِه عددَ العبيدِ قبلَ عتقِه أمّا مَنْ لم يتأهَّلْ كغيرِ مُكلَّفٍ أسلَمَ تَبَعًا فيوقَفُ اختيارُه لِكمالِه، ونفقتُهُنّ في مالِه وإنْ كُنّ ألفًا لأنّهُنّ محبوساتٍ لِحقِّه (ويندَفِعُ) باختيارِه الأربَعَ نِكاحُ (مَنْ زاد) منهنّ على الأربَعِ المختارةِ لكن من حينِ الإسلامِ إنْ أسلَموا مَعًا وإلا فمن إسلامِ السّابِقِ من الزوجِ والمُنْدَفِعةِ فتُحْسَبُ العِدّةُ من حينئذٍ لأنّه السّبَبُ في الفُرْقة لا من حينِ الاختيارِ وفُرْقَتُهُنّ فُرْقة فسخٍ لا فُرْقة طلاقٍ ولو أسلَمت على أكثرَ من زوجٍ لم يكن لها اختيارٌ على الأصحِّ أسلَموا مَعًا أو مُرَتَّبًا ثمّ إنْ تَرَتَّبَ النّكاحانِ فهي للأوّلِ وكذا لو أسلَما دونَها أو الأوّلُ وحدَه وهي كِتابيّةٌ فإنْ مات ثمّ أسلَمت مع الثاني أُقِرَّتْ معه إن اعتقَدوا صحّتَه وإنْ وقَعا مَعًا لم تُقَرَّ مع واحدٍ منهما مُطْلَقًا (وإنْ أسلَمَ) منهنّ (معه قبلَ دخولٍ أو) أسلَمَ منهنّ بعدَه أو قبله بعدَ الدُّخولِ (في العِدّةِ أربَعٌ فقط) بأن اجتَمع إسلامُه وإسلامُهُنّ قبلَ انقضائِها وليس تحتَه كِتابيّةٌ (تعيَّنَ) واندَفع نِكاحُ مَنْ بَقيَ لِتعذُّرِ إمساكِهِنّ بتَخَلُّفِهِنّ عنه في الأولى وعن العِدّةِ في الثانيةِ وأفْهَمَ ما تقرّر فيها أنّه لو كان تحتَه ثمانٍ مثلاً فأسلَمَ أربَعٌ لم يخترهُنّ وأسلَمَ الزّائِداتُ أو بعضُهُنّ في العِدّةِ أو كانت الزّائِداتُ كِتابيّاتٍ لم

ولو أسْلَمَ وتَحْتَه أُمٌّ وبِنْتُها كِتابيَّتانِ أو أسْلمَتا فإنْ دَخَلَ بها حَرُمَتا أبَدًا، أو لا بواحِدةٍ تَعَيَّنَت البِنْتُ، وفي قولٍ يَتَخَيَّرُ، أو بالبِنْتِ تَعَيَّنَتْ، أو بالأُمِّ حَرُمَتا أبَدًا، وفي قولٍ تَبْقَى الأُمُّ. أو وتَحْتَه أمةٌ أسْلمَتْ معه، أو في العِدّةِ أُقِرَّ إنْ حَلَّتْ له الأمةُ، وإنْ تَخَلَّفَتْ قبلَ دُخولٍ تَنَجَّزَت الفُرْقةُ، أو إماءٌ وأسْلمنَ معه أو في العِدّةِ اخْتارَ أمةً إنْ حَلَّتْ له عندَ اجْتِماعِ إسْلامِه وإسْلامِهِنّ ....

يَتعيَّن الأولى وأنّه لو أسلَمَ أربعٌ ثمّ انقضت عِدَّتُهُنّ أو مُتْنَ ثمّ أسلَمَ ثمّ الباقياتُ في عِدَّتهِنّ تعيَّنَت الأخيراتُ لاجتماعِ إسلامِهِنّ قولُ المُحَشّي: قولُه: أو قبله إلَخ الذي في الشرحِ قبلَ إسلامِهِنّ أو بعدَه أو معه ا هـ من هامِشٍ مع إسلامِه قبلَ انقضاءِ عِدَّتهِنّ ولو أسلَمَ أربعٌ ثمّ هو قبلَ انقضاءِ عِدَّتهِنّ وتَخلَّفت الباقياتُ حتى انقضت عِدَّتُهُنّ من حينِ إسلامِه أو مُتْنَ مُشْرِكاتٍ تعيَّنَت الأولَياتُ لِما ذُكِرَ فإنْ لم يتخلَّفْنَ بل أسلمنَ قبلَ انقضاءِ عِدَّتهِنّ من حينِ إسلامِه اختارَ أربعًا كيف شاءَ لاجتماعِ إسلامِه وإسلام الكلِّ قبلَ انقضاءِ عِدَّتهِنّ.

(ولو أسلَمَ وتحتَه أُمٌّ وبنتُها كِتابيَّتانِ أو) غيرُ كِتابيَّتَين ولكن (أسلَمَتا فإنْ دخل بهما) أو شَكَّ في عَين المدْخولِ بها (حُرِّمَتا أبدًا) وإنْ قُلْنا بفَسادِ أَنْكِحَتهم لأنّ وطْءَ كلٍّ بشُبهةٍ يُحَرِّمُ الأخرى ولِكلٍّ المُسَمَّى إنْ صَحَّ وإلا فمهرُ مثلٍ (أو لا) دخل (بواحدةٍ) منهما أو شَكَّ هل دخل بواحدةٍ منهما أو لا (تعيَّنَت البنتُ) واندَفعت الأُمُّ لِحرمَتها أبدًا بالعقدِ على البنت بناءً على صحّةِ أَنْكِحَتهم (وفي قولٍ يتخيَّرُ) بناءً على فسادِها (أو) دخل (بالبنت) فقط (تعيَّنَتْ) البنتُ أيضًا لِحرمةِ الأمِّ أبدًا بالعقدِ على البنت أو بوطْئِها (أو) دخل (بالأمِّ حُرِّمَتا أبدًا) الأُمُّ بالعقدِ على البنت بناءً على صحّةِ أَنْكِحَتهم وهي بوطْءِ الأمِّ ولها مهرُ المثلِ بالوطءِ كذا قالاه واعتُرِضَ بأنّ قياسَ صحّةِ أنْكِحَتهم وجوبُ المُسَمَّى وأُجيبُ بحملِه على ما إذا فسَدَ المُسَمَّى.

(وفي قولٍ: تبقَى الأُمُّ) بناءً على فسادِ أَنْكِحَتهم ومَنِ اندَفعتْ منهما بلا وطْءٍ لا مهرَ لها عندَ ابنِ الحدّادِ ولها نصفُه عندَ القفّالِ إنْ صَحَّحْنا أَنْكِحَتَهم، (أو) أسلَمَ حُرٌّ (وتحتَه أمةٌ) فقط (وأسلَمت معه) قبلَ دخولٍ أو بعدَه (أو) أسلَمت بعدَه أو قبله (في العِدّةِ أُقِرَّ) النّكاحُ (إنْ حَلَّتْ له الأمةُ) عندَ اجتماعِ إسلامِه وإسلامِها لإعسارِه مع خوفِه العنتَ حينئذٍ لأنّه يُقَرُّ على ابتداءِ نِكاحِها حينئذٍ بخلافِ ما إذا لم تَحِلَّ له الآنَ ولو طَلَّقَها في الحالةِ الأولى ثمّ أيسَرَ حَلَّتْ له رَجعَتُها لأنّ الرّجْعيّةَ زوجةٌ (وإنْ تَخلَّفت) عن إسلامِه أو عكسُه.

(قبلَ دخولٍ تَنَجَّزَت الفُرْقة). لِما مَرَّ أوّلَ البابِ والكِتابيّةُ هنا كغيرِها لِما مَرَّ من حرمةِ الأمةِ الكافِرةِ على المسلم مُطْلَقًا، (أو) أسلَمَ وتحتَه (إماءٌ وأسلمنَ معه) ولو قبلَ وطْءٍ (أو) أسلمنَ قبله أو بعدَه (في العِدّةِ اختارَ أمةً) واحدةً منهنّ (إنْ حَلَّتْ له) لِوجودِ شُروطِ نِكاحِها فيه (عندَ) اجتماعِ (إسلامِه وإسلامِهِنّ) قيْدٌ في اختيارِ أمةٍ من الكلِّ فلا يُنافي قولَ غيرِه عندَ اجتماعِ إسلامِه وإسلامِها لأنّه في أمةٍ

وإلّا انْدَفَعْنَ. أو حُرّةٌ وإماءٌ وأسْلمنَ معه أو في العِدّةِ تَعَيَّنَتْ وانْدَفَعْنَ، وإنْ أصرَّتْ فانْقَضَتْ عِدَّتُها اخْتارَ أمةً، ولو أسْلمَتْ وعَتَقْنَ ثم أسْلمنَ في العِدّةِ فَكَحَرائِرَ فَيَخْتارُ أربَعًا.
والاخْتيارُ اخْتَرْتُكِ أو قَرَّرْتُ نِكاحَكِ أو أمسَكْتُكِ أو ثَبَّتُّكِ، ....

مُعَيَّنَةٍ منهنّ كما يأتي وذلك لِحِلِّ ابتداءِ نِكاحِها حينئذٍ وينفَسِخُ نِكاحُ البواقي هذا إنْ كان حُرًّا كلُّه وإلا اختارَ ثِنْتَين (وإلا) بأنْ لم تَحِلَّ له الأمةُ عندَ اجتماعِ إسلامِه وإسلامِهِنّ (اندَفَعْنَ) كلُّهُنّ من حينِ الإسلامِ لِحرمةِ ابتداءِ نِكاحِ واحدةٍ منهنّ حينئذٍ ولو اختَصَّ الحِلُّ بوجودِه في بعضِهِنّ تعيَّنَ فلو أسلَمَ ذو ثلاثِ إماءٍ فأسلَمت واحدةٌ وهي تَحِلُّ له ثمّ الأخريانِ وهما لا يَحِلّانِ تعيَّنَت الأولى أو الأولى والثالِثةُ وهما يَحِلّانِ دون الثانيةِ اختارَ واحدةً منهما ولو أسلَمَ على أربَعِ إماءٍ فأسلَمَ معه ثِنْتانِ وتَخلَّفَ ثِنْتانِ فعتَقت واحدةٌ من المُتَقَدِّمَتَين ثمّ أسلَمت المُتَخَلِّفَتانِ على الرِّقِّ اندَفع نِكاحُهما لأنّ تحتَ زوجِهِما حُرّةً عندَ إسلامِه وإسلامِهِما لا نِكاحَ القِنّةِ المُتَقَدِّمةِ لأنّ عتقَ صاحِبَتِها كان بعدَ اجتماعِ إسلامِها وإسلامِ الزوجِ فلم يُؤَثِّرْ في حَقِّها واختارَ واحدةً منهما هذا ما ذكراه واعتُرِضَ بأنّ الأصحَّ ما ذكرَه آخرون حتى المُصَنِّفُ في تنقيحِه أنّه يتخَيَّرُ بين الجميعِ لأنّ العتيقة في حالةِ الاجتماعِ في الإسلامِ كانت أمةً لكن أطالَ السُّبْكيُّ في رَدِّه والانتصارِ للأوّلِ وفيه بَسطٌ مُهِمٌّ في شرحِ الإرشادِ الكبيرِ فراجِعْه.

(أو) أسلَمَ حُرٌّ وتحتَه (حُرّةٌ) تصلُحُ لِلتَّمَتُّعِ (وإماءٌ وأسلمنَ) أي الحُرّةُ والإماءُ (معه) ولو قبلَ وطْءٍ (أو) أسلمنَ قبله أو بعدَه (في العِدّةِ تعيَّنَتْ) الحُرّةُ وإنْ ماتتْ أو ارتَدَّتْ سواءٌ أسلَمَ الإماءُ قبلها أم بعدَها أم بين إسلامِ الزوجِ وإسلامِها (واندَفعنَ) أي الإماءُ لأنّها تمنَعُهُنّ ابتداءً فكذا دَوامًا ومن ثَمَّ لو لم تصلُح اختارَ واحدةً منهنّ كما بحثه الأذرَعيُّ وهو ظاهرٌ (وإنْ أصرّتْ) الحُرّةُ على الكُفرِ وهي غيرُ كِتابيّةٍ (فانقضت عِدَّتُها) وهي مُصِرّةٌ (اختارَ أمةً) إنْ حَلَّتْ له حينئذٍ لِتَبَيُّنِ اندِفاعِ الحُرّةِ من حينِ إسلامِه فهو كما لو تَمَحَّضَت الإماءُ أمّا لو اختارَ أمةً قبلَ انقضاءِ عِدّةِ الحُرّةِ فهو باطِلٌ وإنْ بانَ اندِفاعُ الحُرّةِ لِوُقوعِه في غيرِ وقته فيُجَدِّدُه بعدَ انقضاءِ عِدَّتها (ولو أسلَمت) الحُرّةُ (وعَتقنَ) أي الإماءُ (ثمّ أسلمنَ في العِدّةِ فكحرائِرَ) أصليّاتٍ لِكمالِهِنّ قبلَ انقضاءِ عِدَّتِهنّ (فيختارُ) الحُرُّ منهنّ (أربعًا) وكذا لو أسلمنَ ثمّ عَتقنَ ثمّ أسلَمَ أو عَتقنَ ثمّ أسلمنَ ثمّ أسلَمَ وضابِطُه أنْ يعتقنَ قبلَ اجتماعِ إسلامِه وإسلامِهِنّ فإنْ تأخَّرَ عتقُهُنّ عن الإسلامَين تعيَّنَت الحُرّةُ إنْ كانت وصَلَحَتْ وإلا اختارَ أمةً تَحِلُّ وأُلْحِقَ مُقارَنةُ العتقِ لإسلامِهِنّ بتَقَدُّمِه عليه، (والاختيارُ) أي ألفاظُه الدّالّةُ عليه (اخترتُكِ) أو اخترتُ نِكاحَكِ أو تقريرَه أو حَبْسَكِ أو عقدَكِ أو قرَّرْتُكِ (أو قرَّرتُ نِكاحَكِ أو أمسَكْتُكِ) أو أمسَكتُ نِكاحَكِ (أو ثَبَّتُّكِ) أو ثَبَّتُّ نِكاحَكِ أو حَبَستُكِ على النّكاحِ وكلُّها صَرائِحُ إلا ما حُذِفَ منه لفظُ النّكاحِ ومثلُه مُرادِفُه كالزّواجِ فكِنايةٌ بناءً على جوازِ الاختيارِ بها نظرًا إلى أنّه إدامةٌ ومُجَرَّدُ اختيارِ الفسخِ لِلزّائِدات على الأربَعِ يُعَيِّنُ الأربَعَ لِلنّكاحِ كما لو قال لهنّ: أُريدُكُنّ وإنْ لم يَقُلْ لِلزّائِدات لا أُريدُكُنّ لكن يظهرُ أخذًا مِمّا تقرّر أنّ

والطّلاقُ اخْتيارٌ، لا الظّهارُ والإيلاءُ في الأصَحِّ، ولا يَصِحُّ تَعْليقُ اخْتيارٍ ولا فَسْخٍ. ولو حَصَرَ الاخْتيارَ في خَمسٍ انْدَفَعَ مَنْ زادَ، وعليه التَّعْيينُ ونَفَقَتُهُنّ حتّى يَخْتارَ، فإنْ تَرَكَ الاخْتيارَ في النِّكاحِ حُبِسَ.

أُريدَكُنّ لِلنّكاحِ صريحٌ ومع حَذْفِه كِنايةٌ ونحوُ فسَخْت أو أزَلْت أو رَفَعْت أو صَرَفْت نِكاحَك صريحُ فسخٍ ونحوُ فسَخْتُك أو صَرَفْتُكِ كِنايةٌ (والطّلاقُ) بصريحٍ أو كِنايةٍ ولو مُعَلَّقًا كأنْ نَوَى بالفسخِ طلاقًا (اختيارٌ) للمُطَلَّقة إذْ لا يُخاطَبُ به إلا الزوجةُ فإنْ طَلَّقَ أربعًا تعيَّنَ لِلنّكاحِ واندَفع الباقي شرعًا ولا يُنافي ما تقرّر في الفسخِ قاعِدةَ أنّ ما كان صريحًا في بابه لأنّها أغلَبيّةٌ وسِرُّ استثناءِ هذا منها التوسِعةُ على مَنْ رَغِبَ في الإسلامِ ويوَجَّه بأنّ قضيّةَ القاعِدةِ أنّ نيّةَ الطّلاقِ بالفسخِ كهو فلا يَجوزُ تعليقُه مع أنّه قد يكونُ له فيه رَغْبةٌ دون التّخْييرِ فاقتضتْ مُسامَحَتُه بأُمورٍ أخرى مُسامَحَتَه بالاعتدادِ بنيَّته حتى يَجوزَ له التعليقُ فلا نَظَرَ إلى كونِ الطّلاقِ أضَرَّ من الفسخِ لِنَقْصِه العددَ دونَه فلا مُسامَحةَ لأنّ المُسامَحةَ من جِهةٍ لا تقتَضيها من كلِّ جِهةٍ.

قيلَ: إنْ أرادَ لفظَ الطّلاقِ اقتضى أنْ لا يصحَّ بمعناه وليس كذلك إذْ «فَسَخْتُ نِكاحَكِ» بنيّةِ الطّلاقِ اختيارٌ لِلنّكاحِ وإنْ أرادَ الأعَمَّ ورَدَ عليه أنّ الفِراقَ من صَرائِحِ الطّلاقِ وهو هنا فسخٌ ا هـ ويُجابُ باختيارِ الثاني ولا يَرِدُ الفِراقُ لأنّه لفظٌ مشترَكٌ وهو هنا بالفسخِ أولى منه بالطّلاقِ لأنّه المُتَبادَرُ منه فمن ثَمَّ قالوا: إنّه صريحٌ فيه كِنايةٌ في الطّلاقِ (لا الظّهارُ والإيلاءُ) فليس أحدُهما اختيارًا (في الأصحِّ) لأنّ كلًّا من الظّهارِ لِتَحْريمِه والإيلاءِ لِتَحْريمِه أيضًا لِكونِه حَلِفًا على الامتناعِ من الوطءِ بالأجنبيّةِ أليَقُ منه بالمنكوحةِ فإن اختارَ المولى أو المُظاهَرَ منها لِلنّكاحِ حُسِبَتْ مُدّةُ الإيلاءِ والظّهارِ من وقت الاختيارِ لأنّها قبله كانت مُتَرَدِّدةً بين الزوجيّةِ وضِدِّها فيَصيرُ في الظّهارِ عائِدًا إنْ لم يُفارِقْها حالاً وليس الوطءُ اختيارًا لأنّ الاختيارَ ابتداءٌ أو استدامةٌ لِلنّكاحِ وكلٌّ منهما لا يحصُلُ به.

(ولا يصحُّ تعليقُ اختيارٍ ولا فسخٍ) كإنْ دَخَلْت فقد اخترتُ نِكاحَكِ أو فَسَخْتُه لِما تقرّر أنّه ابتداءٌ أو استدامةٌ لِلنّكاحِ وكلٌّ منهما يَمْتَنِعُ تعليقُه ولأنّ مَناطَ الاختيارِ الشّهْوةُ فلم يقبل تعليقًا لأنّها قد توجَدُ وقد لا؛ نعم، يصحُّ تعليقُ الاختيارِ لِلنّكاحِ ضِمْنًا كإنْ دَخَلْت فأنت طالِقٌ أو مَنْ دخلتْ فهي طالِقٌ لأنّه يُغْتَفَرُ في الضِّمْنيِّ ما لا يُغْتَفَرُ في المُستَقِلِّ وتَصِحُّ نيّةُ الطّلاقِ بلفظِ الفسخِ وحينئذٍ يصحُّ تعليقُه لِكونِه طلاقًا كما مَرَّ، (ولو حَصَرَ الاختيارَ في خمسٍ) أو عَشرٍ مثلاً جازَ لأنّه خَفَّفَ الإبهامَ وحينئذٍ (اندَفع مَنْ زاد) على تلك المحصورات (وعليه التعيينُ) هنا بل مُطْلَقًا لأربَعٍ في الحُرِّ وثِنْتَين في غيرِه لِما مَرَّ أوّلَ الفصلِ المُغْني عَمّا هنا لولا تَوَهُّمُ أنّ ذاك لا يأتي هنا (ونفقتُهنّ) أي الخمسِ وكذا كلُّ مَنْ أسلَمَ عليهنّ إذا لم يختر منهنّ شيئًا وأرادَ بالنّفقة ما يَعُمُّ سائِرَ المُؤَنِ (حتى يختارَ) الحُرُّ منهنّ أربعًا وغيرُه ثِنْتَين لأنّهنّ محبوساتٌ بحكمِ النّكاحِ (فإنْ تَرَكَ الاختيارَ) أو التعيين (حُبِسَ) بأمرِ الحاكِمِ إلى أنْ يأتيَ به لامتناعِه من واجبٍ لا يقومُ غيرُه مَقامَه فيه فإن استنظَرَ أنْظَرَه ثلاثةَ أيّامٍ لأنّها مُدّةُ التَّرَوِّي شرعًا

فإنْ ماتَ قبلَه اعْتَدَّتْ حامِلٌ به، وذاتُ أشْهُرٍ وغيرُ مَدْخولٍ بها بأربَعةِ أشْهُرٍ وعَشْرٍ، وذاتُ أقْراءٍ بالأكْثَرِ مِن الأقْراءِ وأربَعةِ أشْهُرٍ وعَشْرٍ، ويوقَفُ نَصيبُ زَوْجاتٍ حتّى يَصْطَلِحْنَ.

فإنْ لم يُفِدْ فيه الحبسُ عَزَّرَه بما يَراه من ضَرْبٍ وغيرِه فإذا بَرِئَ من ألَمِ الأوّلِ كرَّرَه وهَكذا إلى أنْ يختارَ ويُخَلَّى نحوُ مجنونٍ حتى يُفيقَ ولا يَنوبُ الحاكِمُ عن المُمْتَنِعِ هنا لأنّه خيارُ شهوةٍ وبه فارَقَ تَطْليقَه على المولي الآتي، وبحث السُّبْكيُّ تَوَقُّفَ حَبْسِه على طَلَبٍ ولو من بعضِهِنّ لأنّه حَقُّهُنّ كالدّين وهو مَبنيٌّ على رَأيِه إنْ أمسَك أربَعًا في الخبرِ للإباحةِ والمعتمدُ أنّه بمعنى اختيارِهِنّ لِلنّكاحِ للوجوبِ وإنْ وافَقَه الأذرَعيُّ هو وجوبٌ لِحَقِّ اللّه تعالى لِما يلزمُ على حِلِّ تركِه من إمساكِ أكثرَ من أربَعٍ في الإسلامِ وهو مُمْتَنِعٌ فمن ثَمَّ اتُّجه وجوبُه وعدمُ تَوَقُّفِه على طَلَبٍ كما أطلقوه.

(تنبيهٌ) ظاهرُ كلامِهم بل صريحُ قولِهِما عن الإمام: إذا حُبِسَ لا يُعَزَّرُ على الفوْرِ فلَعَلَّه يتروَّى أنّ الحبسَ ليس تعزيرًا وأنّه لا يَجوزُ تعزيرُه ابتداءً بنحوِ ضَرْبٍ والقضيّةُ الأولى غيرُ مُرادةٍ والثانيةُ مُتّجهةٌ ووجهُها أنّ المقامَ مَقامُ تَرَوٍّ فلم يُبادَرْ بما يُشَوِّشُ الفِكْرَ ويُعَطِّلُه عن الاختيارِ بل بما يُصَفّيه ويحمِلُه عليه وهو الحبسُ .

(فإنْ مات قبله) أي الاختيارِ (اعتَدّتْ حامِلٌ به) أي بوَضْعِ الحملِ - وإنْ كانت ذاتَ أقراءٍ - (وذاتُ أشهرٍ وغيرُ مَدْخولٍ بها) وإنْ كانت ذاتَ أقراءٍ (بأربَعةِ أشهرٍ وعَشرٍ) احتياطًا لاحتمالِ الزوجيّةِ في كلٍّ منهنّ وذكرَ العشْرَ تَغْليبًا لِلّيالي كما في الآيةِ. وجَرْيًا على قاعِدَتهم ومن ثَمَّ قال الزّمخشَريّ لو قيلَ وعَشَرةٍ كان خارجًا عن كلامِ العرَبِ (وذاتُ أقراءٍ بالأكثرِ من) الباقي وقتَ الموت من (الأقراءِ) المحسوبِ ابتداؤُها من حينِ إسلامِهِما إنْ أسلَما مَعًا وإلا فمن إسلام السّابِقِ (وأربَعةٍ) من الأشهرِ (وعَشرٍ) من الموت لأنّ كلًّا يحتَمِلُ كونَها زوجةً فتَلْزَمُها عِدّةُ الوفاةِ ومُفارَقة في الحياةِ فعليها الأقراءُ فوَجَبَ الاحتياطُ لِتَحِلَّ بيقينٍ (ويوقَفُ) فيما إذا مات قبلَ الاختيارِ (نصيبُ زوجاتٍ) أسلمنَ كلُّهُنّ من رُبُعٍ أو ثُمُنٍ بعَوْلٍ أو دونِه للعلمِ بأنّ فيهنّ أربَعَ زوجاتٍ لكن جَهِلْنا أعيانَهُنّ (حتى) تُقِرَّ كلٌّ منهنّ لِصاحِبَتِها أنّها هي الزوجةُ ثمّ تَسألُها ترك شيءٍ من حَقِّها فتَسمَحَ .

و(يَصْطَلِحْنَ) على ذلك بتَساوٍ أو تَفاضُلٍ لا من غيرِ التّركةِ نعم، إنْ كان فيهنّ محجورٌ عليها لم يَجُزْ لِوَليِّها أنْ يُصالِحَ على أقَلَّ من حِصّتِها من عددِهِنّ كالثُّمُنِ إذا كُنّ ثمانيةً لأنّا وإنْ لم نَتَيَقَّنْ أنّه حَقُّها لَكِنّها صاحِبةُ يَدٍ على ثُمُنِ الموقوفِ ولو طلب بعضُهُنّ شيئًا قبلَ الصُّلْحِ أُعطِيَ اليقين وإنْ لم يَبْرأْ من الباقي فلو كُنّ ثمانيًا فطلب أربَعٌ لم يُعْطَيْنَ شيئًا، أو خمسٌ أُعْطَيْنَ رُبُعَ الموقوفِ لِتَيَقُّنِ أنّ فيهنّ زوجةً، أو سِتٌّ فالنّصفُ وهَكذا ولَهُنّ قِسمةُ ما أخذْنَه والتّصرُّفُ فيه ولا ينقطعُ به تمامُ حَقِّهِنّ أمّا إذا أسلَمَ بعضٌ والباقياتُ يصلحْنَ لِلنّكاحِ كثمانِ كِتابيّاتٍ أسلَمَ منهنّ أربَعٌ، أو أربَعِ كِتابيّاتٍ وأربَعِ وثَنيّاتٍ وأسلَمَ الوثَنيّاتُ فلا شيءَ للمسلمات لاحتمالِ أنّ الكِتابيّات هُنّ الزوجاتُ.

(تنبيهٌ) ظاهرُ كلامِ الصَّيْمَريِّ تَوَقُّفُ صحّةِ هذا الصُّلْحِ على الإقرارِ فإنّه لو قال وطَريقُ الصُّلْحِ ليقعَ

فَصْلٌ

لو أسْلما مَعًا استَمرَّت النَّفقةُ، ولو أسْلمَ وأصرَّتْ حتّى انْقضَت العِدّةُ فلا، ....

على الإقرارِ أنْ تقولَ كلٌّ منهنّ لِصاحِبَتها إنّها هِي الزوجةُ ثمّ تَسألها ترك شيءٍ من حَقِّها ومقتضى كلام شيخِنا وغيرِه هنا اعتمادُه وليس كذلك أمّا أوّلاً فهو مُشْكِلٌ لأنّ فيه إلحاقَ ضَرَرٍ عَظيمٍ بالمُقِرّةِ لأنّها قد تَتَورّطُ بصُدورِ الإقرارِ ثمّ تأبى المُقِرّةُ لها أنْ تَترُكَ لها شيئًا فيلزمُ ضَياعُها، وأمّا ثانيًا فقد ذكروا هنا صحّةَ صُلْحِ الوليِّ أنّه يَتعذّرُ إقرارُه على مولّيه هذا صريحٌ في أنّ هذا الصُّلْحَ لا يتوَقّفُ على الإقرارِ فالوجه أنّ كلامَ الصَّيْمَريِّ مَقالةٌ ضعيفة على أنّه يُمْكِنُ تأويلُه بأنّ مُرادَه بقولِه وطَريقُ الصُّلْحِ إلى آخِرِه تصويرُ وُقوعِ الصُّلْحِ هنا على الإقرارِ لا أنّ الإقرارَ شرطٌ لِصحّةِ هذا الصُّلْحِ وأمّا ثالِثًا فالأمرُ هنا مُنْبَهِمٌ انبهامًا لا يُرْجَى انكِشافُه بوجهٍ فكيف نَحْمِلُ كلًّا منهنّ على الإقرارِ بما يعلَمُ كلُّ أحدٍ بُطْلانَه فاتَّضَحَ أنّ الوجهَ أنّه لا يُشْتَرَطُ هنا إقرارٌ وأنّه يصحُّ الصُّلْحُ بدونِه لِتعذُّرِه كما عَلِمْت ثمّ رأيت الشيخينِ صَرَّحا بما ذكرْته في نظيرِ مسألَتنا وهو ما لو طَلَّقَ إحدَى امرأتَيْه ومات قبلَ البيانِ ووَقَفَ لهما نصيبَ زوجةٍ فاصطَلَحَتا وكذا لو ادَّعَيا وديعةً في يَدِ رجلٍ فقال: لا أعلمُ لأيِّكما هي ثمّ اصطَلَحا فيها على شيءٍ وكذا لو تَداعَيا دارًا في يَدِهِما وأقامَ كلٌّ بَيِّنةً ثمّ اصطَلَحا اهـ ولم يُصَرِّحا باستثناءِ هذه الثلاثِ من اشتراطِ الإقرارِ لَكِنّ كلامَهما كالصّريحِ في الاستثناءِ وبه صرّح غيرُهما، ونَقْلُ الرّافِعيِّ في الأولى عن الأصحابِ أنّ ما فيها ليس صُلْحًا على إنْكارٍ اعتَرَضَه الزّركشيُّ بتصريحِ القفّالِ فيها بجوازِ الصُّلْحِ وبِكونِه على إنْكارٍ لأنّ كلَّ واحدةٍ تقولُ: الموقوفُ لي وحدي قال وكذا في المسألَتَين الأخيرَتَين وفي مسألةِ ما لو أسلَمَ على ثمانٍ اهـ.

ولَك أنْ تقولَ: الإنكارُ هنا ضِمْنيٌّ لكن عارَضَه ما هو أقوى منه وهو كونُ الموقوفِ تحتَ يَدِ كلِّهِنّ بالسّويّةِ من غيرِ مُرَجِّحٍ لإحداهُنّ فساغَ لهنّ الصُّلْحُ وإنْ لم يوجَدْ صريحُ الإقرارِ لِتعذُّرِه كما مَرَّ ثمّ رأيتُهم وجَّهوا الصُّلْحَ في هذه المسائلِ بما يقرُبُ مِمّا وجَّهْتُه به وهو أنّ مَنْ قبض شيئًا يقولُ هو: ملكي ومُقْبِضُه يقولُ: هو هِبةٌ مِنّي إليك وهذا في الحقيقة اختلافٌ في سبَبِ الملكِ لا في أصلِه وهو لا يُؤَثِّرُ كما في لي عليك ألفٌ ثمنًا فقال بل قرْضًا ورأيت القاضيَ وجَّهَه بعَينِ ما ذكرْته حيثُ قال: قال الخُصومُ: صاحِبُكم - أي الشافعيُّ رضي الله عنه - جوّزَ الصُّلْحَ على الإنكارِ في مسائلَ وعَدَّدوا ما سبَقَ قُلْنا ليس ما في هذه المسائلِ صُلْحًا على إنْكارٍ لأنّ كلَّ واحدٍ يَدَّعي جميعَ الحقِّ لِنفسِه ويُنْكِرُ صاحِبَه واليدُ لهما ثابتةٌ فإذا صالَحَ ففي زَعْمِ كلِّ واحدٍ أنّه تَرَك بعضَ الحقِّ لِصاحِبه وتَبرَّعَ به عليه .

فصل في مُؤْنةِ المسلمةِ أو المُرْتَدّةِ

(لو أسلَما مَعًا) قبلَ دخولٍ أو بعدَه (استَمرَّت النفقة) لِبَقاءِ النّكاح (ولو أسلَمَ وأصرَّتْ حتى انقضت العِدّةُ) وليستْ كِتابيّةً كما في أصلِه وحَذَفَه للعلم به من كلامِه قبلُ (فلا) نفقةَ لها لإساءَتها بتَخَلُّفِها عن الإسلامِ الواجبِ فوْرًا من غيرِ رُخْصةٍ فلم يكن من جهته مَنْعٌ بوجهٍ.

وإنْ أسْلمَتْ فيها لم تَستَحِقَّ لِمُدّةِ التّخَلُّفِ في الجديدِ. ولو أسْلمَتْ أوّلاً فأسْلمَ في العِدّةِ أو أصَرَّ فَلَها نَفقةُ العِدّةِ على الصّحيحِ. وإن ارْتَدَّتْ فلا نَفَقةَ، وإنْ أسْلمَتْ في العِدّةِ، وإن ارْتَدَّ فَلَها نَفَقةُ العِدّةِ.

باب الخيارِ والإعْفافِ ونِكاحِ العبْدِ

وَجَدَ أحَدُ الزّوْجَيْنِ بالآخَرِ جُنونًا أو جُذامًا أو بَرَصًا، أو وجَدَها رَتْقاءَ ....

(وإنْ أسلَمت فيها لم تَستَحِقَّ) نفقةً (لِمُدّةِ التخلُّفِ في الجديدِ) لإساءَتها بالتّخَلُّفِ أيضًا وإنْ بانَ بإسلامِها أنّها زوجةٌ وبحث الزّركشيُّ وغيرُه أنّ تَخلُّفَها لو كان لِصِغَرٍ أو جُنونٍ أو إغْماءٍ ثمّ أسلَمت عَقِبَ زَوالِ المانِعِ استَحَقَّتْ كما أرشَدَ إليه تعليلُهم، وفيه نَظَرٌ لأنّ التّخَلُّفَ مُنَزَّلٌ منزلةَ النُّشوزِ كما صرحوا به والنُّشوزَ مُسقِطٌ لِلنّفَقة ولو من نحوِ صَغيرةٍ ولو اختلفا فيمَنْ سبَقَ إسلامُه منهما صُدِّقت لأنّه يَدَّعي مُسقِطًا لِلنّفقة التي كانت واجبةً والأصلُ عدمُه، (ولو أسلَمت أوّلاً فأسلَمَ في العِدّةِ أو أصَرَّ) إلى انقضائِها (فلها نفقةُ العِدّةِ على الصّحيحِ) لإحسانِها وإساءَته بالتّخَلُّفِ وفارَقَ حَجَّها بأنّ الإسلامَ واجبٌ فوْريٌّ أصالةً فهو كصوم رَمَضانَ وإنّما سقَطَ المهرُ إذا سبَقَ إسلامُها قبلَ الوطءِ لأنّه عِوَضُ البُضْعِ فسَقَطَ بتفويت مُعَوَّضِه ولو بعُذْرٍ كأكلِ البائِعِ المبيعَ مُضْطَرًّا قبلَ القبضِ والنّفقة لِلتّمكينِ وهو المُفَوِّتُ له، وبحث الزّركشيُّ أنّه لو تَخَلَّفَ لِنحوِ جُنونٍ يأتي فيه نظيرُ ما مَرَّ وفيه نَظَرٌ أيضًا لأنّ عُذْرَ الزوجِ لا يُسقِطُ النّفَقة كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي في بابِها (وإن ارتَدَّتْ) أو ارتَدّا مَعًا (فلا نفقةَ) لها في مُدّةِ الرِّدّةِ (وإنْ أسلَمت في العِدّةِ) كالنّاشِزِ بل أولى ومن إسلامِها ولو في غَيْبَته تَستَحِقُّ النّفَقة بخلافِ ما لو رجعتْ عن النُّشوزِ في غَيْبَته لِزَوالِ موجِبِ السُّقوطِ بالإسلام هنا وثَمَّ لا يَزولُ النُّشوزُ إلا بالتمكينِ ولا يحصُلُ إلا بما يأتي في النّفَقات (ولو ارتَدَّ فلها نفقةُ العِدّةِ) لأنّ المانِعَ من جهته.

بابُ الخيارِ في النّكاحِ والإعفافِ ونِكاحِ العبدِ وغيرِ ذلك مِمّا ذُكِرَ تَبَعًا

إذا (وجد أحدُ الزوجَين بالآخرِ جُنونًا) ولو مُتَقَطِّعًا وإنْ قَلَّ على الأوجَه وإنْ لم يستَحْكِم لأنّه يُفْضي للجنايةِ وهو مَرَضٌ يُزيلُ الشُّعورَ من القلْبِ مع بَقاءِ قوّةِ الأعضاءِ وحَرَكتها ومثلُه الخبَلُ بالتحريكِ كذا قيلَ والذي في القاموسِ أنّه الجُنونُ ولَعَلَّ الأوّلَ لَمَحَ أنّ الجُنون فيه كمالُ الاستغْراقِ بخلافِ الخبَلِ قال المُتَوَلّي: والإغماءُ المأيوسُ من زَوالِه (أو جُذامًا أو بَرَصًا) وإنْ قَلَّ إن استَحْكَمَ بقولِ خَبيرَين، وعَلامةُ الأوّلِ اسوِدادُ العُضْوِ والثاني عدمُ احمِرارِه وإنْ بولِغَ في قبضِه (أو وجدها رَتْقاءَ) أي مُنْسَدًّا مَحَلُّ جِماعِها بلَحْمٍ ومثلُه ضيقُ المنفَذِ بحيثُ يُفْضيها كلُّ واطِئٍ كذا أطلقوه ولَعَلَّ المُرادَ بحيثُ يَتعذَّرُ دخولُ ذكرٍ من بَدَنِه كبَدَنِها نَحافة وضِدُّها فرجَها سواءٌ أدّى لإفضائِها أم لا ثمّ رأيت البُلْقينيَّ أشارَ لِذلك بقولِه في تَدْريبه: وضيقُ المنفَذِ لِنَحافَتها بحيثُ لا يَسَعُ آلةَ نَحيفٍ مثلُها ويُفْضيها أيُّ شَخْصٍ فُرِضَ اهـ. فقولُه بحيثُ صريحٌ فيما ذكرْته وما ذكرَه بعدَه الواقعُ في كلامِهم

أو قَرْناءَ. أو وجَدَتْه عِنّينًا أو مَجنونًا ثَبَتَ الخيارُ في فَسْخِ النِّكاحِ.

مُجَرَّدُ تصويرٍ قال الإسنَويُّ وكما يُخَيَّرُ بذلك فكذلك تَتَخَيَّرُ هي بكِبَرِ آلَته بحيثُ يُفْضي كلَّ موطوءةٍ (أو قرناءَ) أي مُنسَدًّا ذلك منها بعَظْمٍ (أو وجدته) وهو بالِغٌ عاقِلٌ (عِنّينًا) أي به داءٌ يمنعُ انتشارَ ذكرِه عن قُبُلِها وإنْ قدَرَ على غيرِها أو علمتْه قبلَ النّكاحِ من عَنَّ أعرَضَ أو شُبِّهَ بعِنانِ الدّابّةِ لِلينِه (أو مجبوبًا) أي مقطوعًا ذكرُه أو إلا دون قدرِ الحشَفة أي حَشَفة ذكرِه أخذًا مِمّا مَرَّ في التحليلِ وغيرِه فإنْ بَقِيَ قدرُها وعَجَزَ عن الوطءِ به ضُرِبَتْ له المُدّةُ الآتيةُ كالعِنّينِ (ثَبَتَ) للكارِه منهما الجاهِلِ بالعيْبِ أو العالِمِ به إذا انتقلَ لأفحَشَ منه مَنظَرًا كأنْ كان باليدِ فانتقلَ للوجه لا لليَدِ الأخرى وإنّما نُزِعَ الرّهْنُ بزيادةِ فِسقِ الموضوعِ تحتَ يَدِه وإنْ كانت من جنسِ الأوّلِ كأنْ كان يَزْني في الشّهْرِ مَرّةً فصار يَزْني فيه مَرّتَين كما اقتضاه إطلاقُهم خلافًا لِمَنْ زعم أنّه لا بُدَّ أنْ يَزيدَ من جنسٍ آخرَ وذلك لأنّ الزّيادةَ ثَمَّ قد تُؤَدّي إلى ذَهابِ عَينِ الرّهْنِ بالكلّيّةِ فاحتيطَ له بنَزْعِه منه عندَها ولا كذلك هنا وقضيّةُ قولِهم للكارِه لولا وصْفُه بما يُعَيِّنُ أنّ المُرادَ به السّليمُ: أنّ ذا العيْبِ لو أرادَ أنْ يتخَيَّرَ في الفسخِ كراهةً لإساءَته الآخرَ بتَحَمُّلِه ضَرَرَ مُعاشَرَته وإنْ رَضيَ أُجيبَ وهو بَعيدٌ والذي دَلَّ عليه كلامُهم أنّه لا يتخَيَّرُ إلا السّليمُ ووجهُه ظاهرٌ ولا نَظَرَ بعدَ رِضا السّليم بالمعيبِ إلى ما ذُكِرَ (الخيارُ في فسخِ النّكاحِ) إنْ بَقِيَ العيْبُ إلى الفسخِ ولم يَمُت الآخرُ كما ذَهَبَ إليه أكثرُ العُلَماءِ وصَحَّ عن عمرَ رضي الله عنه في الثلاثةِ الأوَلِ المشترَكةِ بينهما والقرْنُ ومثلُه لا يُفعَلُ إلا عن توقيفٍ ولإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم عليه في الخاصّين به وقياسًا أولَويًّا في الكلِّ على ثُبوت خيارِ البيعِ بدونِ هذه إذِ الفائتُ ثَمَّ ماليّةٌ يَسيرةٌ وهنا المقصودُ الأعظَمُ وهو الجِماعُ أو التَمَتُّعُ لا سيَّما والجُذامُ والبَرَصُ يُعْديانِ المُعاشر والولدَ أو نَسله كثيرًا كما جَزَمَ به في الأُمِّ في موضِعٍ وحَكاه عن الأطِبّاءِ والمُجَرِّبين في موضِعٍ آخرَ قال البيْهَقيُّ وغيرُه ولا يُنافيه خبرُ «لا عَدْوَى»(١) لأنّه نفيٌ لاعتقادِ الجاهِليّةِ نِسبةَ الفعلِ لِغيرِ اللّه تعالى فوُقوعُه بفعلِه تعالى.

ومن ثَمَّ صَحَّ خبرُ «فِرَّ من المجذوم فِرارَك من الأسَدِ» وأكلَ ﷺ معه تارةً وتارةً لم يُصافِحْه بيانًا لِسعةِ الأمرِ على الأُمّةِ من الفِرارِ والتّوَكُّلِ وخرج بهذه الخمسةِ غيرُها كالعِذْيَوْطِ بكسرِ أوّلِه المُهمَلِ وسُكونِ ثانيه المُعْجَم وفتحِ التحتيّةِ وضَمِّها ويُقالُ عَذْوَطَ كعَتْوَرٍ، وهو فيهما مَنْ يُحْدِثُ عندَ الجِماعِ وفيه مَنْ يُنْزِلُ قبلَ الإيلاجِ فلا خيارَ به مُطلَقًا على المعتمدِ وسُكوتُهما في موضِعٍ على أنّ المرَضَ المأيوسَ من زَوالِه ولا يُمْكِنُ معه الجِماعُ في معنى العُنّةِ وإنّما هو لِكونِ ذلك من طُرُقِ العُنّةِ فليس قِسمًا خارِجًا عنها ونَقْلَهما عن الماوَرْديِّ أنّ المُستأجَرةَ العين كذلك ضعيفٌ لكن لا نفقةَ لها سيأتي الفسخُ بالرِّقِّ والإعسارِ ولا يُشْكِلُ ثُبوتُ الخيارِ بما ذُكِرَ مع ما مَرَّ أنّه شرطٌ للكفاءةِ وأنّ شرطَ الفسخِ الجهْلُ به لأنّ الفرضَ أنّها أذِنَتْ في النّكاحِ من مُعَيَّنٍ أو من غيرِ كُفْؤٍ فزَوَّجَها الوليُّ منه بناءً على أنّه سليمٌ فإذا هو

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٥٤٣٧]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ٢٢٢٠]، وغيرهما من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه.

وَقيلَ إنْ وجَدَ به مِثْلَ عَيْبِه فلا. ولو وجَدَه خُنْثَى واضِحًا فلا في الأَظْهَرِ. ولو حَدَثَ به عَيْبٌ تَخَيَّرَتْ إلّا عُنّةً بعد دُخولٍ، أو بها تَخَيَّرَ في الجديدِ.
وَلا خيارَ لِوَليٍّ بحادِثٍ، وكذا بمُقارِنِ جَبٍّ وعُنّةٍ، ويَتَخَيَّرُ بمُقارِنِ جُنونٍ، وكذا جُذامٌ وبَرَصٌ في الأَصَحِّ. والخيارُ ....

مَعيبٌ فيصحُّ النّكاحُ وتَتَخَيَّرُ هي وكذا هو كما يأتي (وقيلَ إنْ وجد) أحدُهما (به) أي الآخرِ (مثلَ عَيبه) قدرًا ومَحَلًّا وفُحْشًا (فلا) خيارَ لِتَساويهما حينئذٍ والأصحُّ أنّه يتخَيَّرُ وإنْ كان ما به أفْحَشَ لأنّ الإنسانَ يَعافُ من غيرِه ما لا يَعافُ من نفسِه والكلامُ في غيرِ المجنونَين المُطْبِقِ جُنونُهما لِتعذُّرِ الفسخِ حينئذٍ ولو كان مجبوبًا بالباءِ وهي رَتْقاءُ فطَريقانِ لم يُرَجِّحا منهما شيئًا والذي اعتمده الأذرَعيُّ والزّرْكشيُّ أنّه لا خيارَ وهو أوجَه من اعتمادِ غيرِهما ثُبوتَه، (ولو وجده) أي أحدُ الزوجَين الآخرَ (خُنْثَى واضِحًا) بعَلامةٍ ظَنّيّةٍ كالميلِ أو قطعيّةٍ كالوِلادةِ (فلا خيارَ) له (في الأظهرِ) لأنّه لا يَفوتُ مقصودُ النّكاحِ أمّا المُشْكِلُ فلا يصحُّ نِكاحُه كما مَرَّ، (ولو حَدَثَ) بعدَ العقدِ (به) أي الزوجِ (عَيبٌ) مِمّا مَرَّ قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه ولو بفعلِها كأنْ جَبَّتْ ذكرَه (تخَيَّرَت) بين فسخِ النّكاحِ وإدامَته لِتَضرُّرِها به كالمُقارِنِ وإنّما لم يتخَيَّر المشتري بتعييبه المبيعَ لأنّه به يَصيرُ قابِضًا لِحَقِّه ولا كذلك هي كمُستأجِرٍ هَدَمَ الدّارَ المُؤَجَّرةَ (إلا عُنّةً) حَدَثَتْ به (بعدَ دخولٍ) أي وطْءٍ بالمعنى السّابِقِ في التحليلِ فإنّها لا تَتَخَيَّرُ لأنّها عَرَفت قُدْرَتَه على الوطءِ ووَصَلَتْ لِحَقِّها منه كتقريرِ المهرِ ووجودِ الإحصانِ مع رَجاءِ زَوالِها وبه فارَقت الجبَّ لا يُقالُ الوطءُ لا يجبُ على الزوجِ فكيف فسَخَتْ بتعذُّرِه لأنّا نَقولُ إنّما لم يجب اكتفاءً بداعيةِ الطّبْعِ المُلْجِئِ إليه فتَتَرَجّاه حينئذٍ ولا يعظُمُ ضَرَرُها وهذا مُنْتَفٍ عندَ تعذُّرِه بجَبٍّ أو عُنّةٍ ولَمّا كان اليأسُ فيهما دائِمًا دَفعَ الشّارِعُ ذلك عنها بتمكينِها من الفسخِ بخلافِ الإيلاءِ فإنّه ليس فيه إلا إياسُ مُدّةٍ لا تصبِرُ عنها غالِبًا فأثَّرَ ذلك الحرمةَ فقط ثمّ التّطْليقَ عليه بشرطِه ومن ثَمَّ حَرُمَ عليه سفَرُ النُّقْلةِ وتركُ زوجَته في عِصْمَته لأنّ فيه إياسًا لها منه (أو) حَدَثَ (بها) عَيبٌ مِمّا مَرَّ قبلَ دخولٍ أو بعدَه (تخَيَّرَ في الجديدِ) كما لو حَدَثَ فيه ولا نَظَرَ إلى أنّه يُمْكِنُه الطّلاقُ لأنّ الفسخَ يدفَعُ عنه التّشْطيرَ قبلَ الوطءِ ونَقْصَ العددِ مُطْلَقًا.

(ولا خيارَ لِوَليٍّ بحادِثٍ) بالزوجِ بعدَ عقدِ النّكاحِ لأنّ حَقَّه في الكفاءةِ في الابتداءِ دون الدّوامِ لانتفاءِ العارِ فيه ولهذا لو عَتَقت تحتَ قِنٍّ ورَضيَتْ به لم يتخَيَّرْ (وكذا) لا خيارَ له (بمُقارِنِ جَبٍّ وعُنّةٍ) لِلنّكاحِ إذْ لا عارَ والضّرَرُ عليها فقط فيلزمُه إجابَتُها إلى ذَيْنِهما وإلا كان عاضِلًا وتُتَصَوَّرُ معرفة العُنّةِ المُقارِنةِ مع كونِها لا تَثبُتُ إلا بعدَ العقدِ بأنْ يُخبِرَ بها معصومٌ مُطْلَقًا أو عن هذه بخُصوصِها وأمّا تصويرُه بما إذا تَزَوَّجها ثمّ عَرَفَ الوليُّ عُنّتَه ثمّ طَلَّقَها وأرادَ تجديدَ نِكاحِها فمُعتَرَضٌ بقولِهم يَجوزُ أنْ يُعَنّ في نِكاحٍ دون آخرَ وإن اتَّحَدَت المرأةُ (ويتخَيَّرُ) الوليُّ لا السّيِّدُ كما في البسيطِ لكن نازَع فيه الزّركشيُّ (بمُقارِنِ جُنونٍ) وإنْ رَضيَتْ لأنّه يُعَيَّرُ به (وكذا جُذامٌ وبَرَصٌ) فيتخَيَّرُ بأحدِهما إذا قارَنَ (في الأصحِّ) لِذلك وإنْ كانت مثلَ الزوجِ في العيبِ أو أزْيَدَ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ (والخيارُ) المقتضي للفسخِ

على الفوْرِ، والفسْخُ قبلَ دُخولٍ يُسْقِطُ المهْرَ وبعده الأصَحُّ أنّه يَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ إنْ فُسِخَ بِمُقارِنٍ أو بحادِثٍ بين العقْدِ والوطْءِ جَهِلَه الواطِئُ، والمُسَمَّى إنْ حَدَثَ بعد وطْءٍ.

بعَيْبٍ مِمّا مَرَّ بعدَ تَحَقُّقِه وهو في العُنّةِ بمُضيِّ السّنةِ الآتيةِ وفي غيرِها بثُبوته عندَ الحاكِم (**على الفوْرِ**) كما في البيعِ بجامِعِ أنّه خيارُ عَيْبٍ فيُبادِرُ بالرّفْعِ للحاكِمِ على الوجه السّابِقِ ثَمَّ وفي الشُّفْعةِ ثمّ بالفسخِ بعدَ ثُبوت سَببه عندَه وإلا سقَطَ خيارُه وتُقْبَلُ دعواه الجَهْلَ بأصلِ ثُبوت الخيارِ أو بفَوْريَّته إنْ أمكنَ بأنْ لا يكون مُخالِطًا للعُلَماءِ أي مُخالَطةً تَستَدْعي عُرْفًا معرفة ذلك فيما يظهرُ ويظهرُ أيضًا أنّ المُرادَ بالعُلَماءِ عارِفٌ بهذه المسألةِ وكذا يُقالُ في نَظائِرِ ذلك، (**والفسخُ**) بعَيْبِه أو عَيْبِها المُقارِنِ أو الحادِثِ (**قبلَ دخولٍ يُسقِطُ المهرَ**) والمُتْعةَ لأنّها إنْ كانت هي الفاسِخةَ فواضِحٌ وإلا فهو بسببِها فكأنّها الفاسِخةُ ولأنّه بَذَلَ العِوَضِ السّليم في مُقابَلةِ مَنافِعِها.

وقد تعذَّرَتْ بالعيْبِ وبه فارَقَ عدمَ جَعْلِ العيْبِ فيه بمنزلةِ فسخِه بغيرِ عَيْبِها ولأنّ قضيّةَ الفسخِ تَرادُّ العِوَضَين فكما رَدَّ بُضْعَها كامِلًا تَرُدُّ مهرَه كذلك، (و) الفسخُ (**بعدَه**) أي الدُّخولِ أو معه (**الأصحُّ أنّه يجبُ**) به (**مهرُ مثلٍ إنْ فُسِخَ**) بالبِناءِ للمفعولِ لا الفاعِلِ لإيهامِه (ب) عَيْبٍ به أو بها (**مُقارِنٍ**) للعقدِ لأنّه إنّما بَذَلَ المُسَمَّى ليستمتعَ بسَليمةٍ ولم توجَدْ فكأنْ لا تَسميةَ وقيلَ إنْ فسَخَتْ بعَيْبه وجَبَ المُسَمَّى قيلَ وهو الذي لا يُتَّجه غيرُه لأنّه بَذَلَ المُسَمَّى في التّمَتُّعِ بسَليمةٍ وقد استوفاه فلم يعدِلْ عنه لِمهرِ المثلِ ا هـ وقد يُجابُ بأنّ العقدَ كما اقتضى تَمَتُّعَه بسَليمةٍ اقتضى العكسَ أيضًا فإذا أوجد عَيْبَه كان على خلافِ قضيّةِ العقدِ فوَجَبَ مهرُ المثلِ ثمّ رأيت ما يوافِقُ ويَرُدُّ غيرَه وهو وأيضًا فقضيّةُ الفسخِ إلى آخِرِه الآتي (أو) إنْ فُسِخَ معه أو بعدَه (**بحادِثٍ بين العقدِ والوطءِ**) أو فُسِخَ معه أو بعدَه بحادِثٍ معه (**جَهِلَه الواطِئُ**) لِما ذُكِرَ أمّا إذا علمه ثمّ وطِئَ فلا خيارَ لِرِضاه به وهذا أولى من التعليلِ بزَوالِ لاقتضائِه أنّه لو عُذِرَ بالتّأخيرِ لا يَبْطُلُ خيارُه بوَطْئِه والظّاهرُ خلافُه ثمّ رأيت ما قدَّمْته في مشترٍ علم العيْبَ وجَهِلَ أنّ له الرّدَّ فاستعمَله هل يسقُطُ رَدُّه لأنّ استعماله رِضًا منه به أو لا لأنّه إنّما استعمَله لِظَنِّه يأسَه من الرّدِّ فيأتي نظيرُ ذلك هنا.

(و) الأصحُّ أنّه يجبُ (**المُسَمَّى إنْ**) فسَخَ بعدَ وطْءٍ وقد (**حَدَثَ**) العيْبُ (**بعدَ وطْءٍ**) لأنّه لَمّا استمتع بسَليمةٍ استقَرَّ ولم يُغَيَّرْ وإنّما ضَمِنَ الوطءَ هنا بالمُسَمَّى أو مهرِ المثلِ بخلافِه في أمةٍ اشتراها ثمّ وطِئَها ثمّ علم عَيْبَها لأنّه هنا مُقابَلٌ بالمهرِ وثَمَّ غيرُ مُقابَلٍ بالثمَنِ لأنّه في مُقابِلِ الرّقَبةِ لا غيرُ واستُشْكِلَ هذا التّفْصيلُ بأنّ الفسخَ إنْ رَفع العقدَ من أصلِه فلْيجبْ مهرُ المثلِ مُطْلَقًا أو من حينِه فالمُسَمَّى مُطْلَقًا وأجابَ عنه السُّبْكيُّ بأنّه هنا وفي الإجارةِ إنّما يرفَعُه من حينِ وجودِ سببِ الفسخِ لا من أصلِ العقدِ ولا من حينِ الفسخِ لأنّ المعقودَ عليه فيهما المنافِعُ وهي لا تُقْبَضُ إلا بالاستيفاءِ وحينئذٍ تعيَّنَ ذلك التّفْصيلُ بخلافِه في الفسخِ بنحوِ رِدّةٍ أو رَضاعٍ أو إعسارٍ فإنّه من حينِ الفسخِ قطعًا ا هـ.

ولو انْفَسَخَ بردّةٍ بعد وطْءٍ فالمُسَمَّى. وَلا يَرْجِعُ الزّوْجُ بعد الفسْخِ بالمهْرِ على مَنْ غرَّه في الجديدِ.

وَيُشْتَرَطُ في العُنّةِ رَفْعٌ إلى حاكِمٍ، وكذا سائِرُ العُيوبِ في الأَصَحِّ، وتَثْبُتُ العُنّةُ بإقْرارِه أو بيِّنةٍ على إقْرارِه، وكذا بيَمينِها بعد نُكولِه في الأَصَحِّ، وإذا ثَبَتَتْ ضَرَبَ القاضي له .....

وهو مُشْكِلٌ في الإعسارِ فإنّه ليس فاسِخًا بذاته بخلافِ اللّذَين قبله فكان القياسُ إلحاقَه بالعيْبِ لا بهما وقال غيرُه: لا يتأتّى هذا التّرَدُّدُ هنا لأنّ سببَ وجوبِ مهرِ المثلِ أنّه لَمّا تَمتَّعَ بمَعيبةٍ على خلافِ ما ظَنّه من السّلامةِ صار العقدُ كأنّه جَرى بلا تَسميةٍ وأيضًا فقضيّةُ الفسخِ رُجوعُ كلٍّ إلى عَينِ حَقِّه إنْ وُجِدَ وإلا فبَدَلُه فتعيَّنَ رُجوعُه لِعَينِ حَقِّه وهو المُسَمَّى ورُجوعُها لِبَدَلِ حَقِّها وهو مهرُ المثلِ لِفَواتِ حَقِّها بالدُّخولِ، (ولو انفسَخَ) النّكاحُ (بردّةٍ بعدَ وطْءٍ) بأنْ لم يَجمعهما الإسلامُ في العِدّةِ (فالمُسَمّى) لأنّ الوطءَ قبلها قرَّرَه وهي لا تَستَنِدُ لِسببٍ سابِقٍ أو قبله فإنْ كانت منها فلا شيءَ لها أو منه تَشطَّرَ المُسَمَّى فإنْ وطِئَها جاهِلةً في رِدَّتها أو رِدَّته فلها مهرُ المثلِ مع شَطْرِ المُسَمَّى في الثانيةِ.

(تنبيهٌ): مَرَّ ما يُعْلَمُ منه أنّ استدخالَ الماءِ المُحْتَرَمِ ليس كالوطءِ هنا.

(ولا يرجعُ) الزوجُ بعدَ الفسخِ (بالمهرِ) الذي غرِمَه سواءٌ المُسَمَّى ومهرُ المثلِ (على مَنْ غرَّه) من الوليِّ أو الزوجةِ قال المُتَوَلّي بأنْ سكتَ عن عَيْبِها لإظْهارِها معرفةَ الخاطِبِ به وقال الزّازُ: تعقِدَ بنفسِها ويحكُمَ به حاكِمٌ يَراه (في الجديدِ) لاستيفائِه منفعةَ البُضْعِ وبه فارَقَ الرُّجوعَ بقيمةِ الولدِ الآتي.

(ويُشتَرَطُ في) الفسخِ لأجلِ (العُنّةِ رَفعٌ إلى الحاكِمِ) جَزْمًا لِتَوَقُّفِ ثُبوتها على مَزيدِ نَظَرٍ واجتهادٍ ويُغْني عنه المُحَكَّمُ بشرطِه ولو مع وجودِ القاضي كما شَمِله كلامُهم (وكذا سائِرُ العُيوبِ) أي باقيها يُشْتَرَطُ في الفسخِ بكلٍّ منها ذلك (في الأصحِّ) لأنّه مُجْتَهَدٌ فيه كالفسخِ بالإعسارِ فلو تَراضَيا بالفسخِ بواحِدٍ منها من غيرِ حاكِمٍ لم ينفُذْ كما بأصلِه نعم، يأتي في الفسخِ بالإعسارِ أنّها لو لم تَجِدْ حاكِمًا ولا مُحَكَّمًا نَفَذَ فسخُها لِلضَّرورةِ فقياسُه هنا كذلك (وتَثبُتُ العُنّةُ) إنْ سُمِعَتْ دعواها بها بأنْ يكون مُكلَّفًا وهي غيرَ رَتْقاءَ ولا قَرْناءَ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ وغيرَ أمةٍ وإلا لَزِمَ بُطْلانُ نِكاحِها إن ادَّعَتْ عُنّةً مُقارِنةً للعقدِ لأنّ شرطَه خوفُ العنت وهو لا يُتَصَوَّرُ من عِنّينٍ هذا ما أطلقَه شارِحٌ وإنّما يأتي على رَأيٍ مَرَّ في مَبْحَثِ نِكاحِها (بإقرارِه) بها بين يَدَي الحاكِمِ كسائِرِ الحُقوقِ (أو ببيِّنةٍ على إقرارِه) لا عليها لِتعذُّرِ اطِّلاعِ الشُّهودِ عليها ومن ثَمَّ لم تُسمع دعوَى امرَأةٍ غيرِ مُكلَّفٍ عليه بها لِعدمِ صِحّةِ إقرارِه بها (وكذا) تَثبُتُ (بيَمينِها بعدَ نُكولِه) عن اليمينِ المسبوقِ بإنكارِه (في الأصحِّ) لأنّها تعرِفُها منه بقَرائِنِ حالِه فلا نَظَرَ لاحتمالِ أنّه يُبْغِضُها أو يستَحْيي منها قيلَ التعبيرُ بالتعنينِ أولى لأنّ العُنّةَ لُغةً حَظيرةٌ مُعَدّةٌ للماشيةِ ا هـ ويُرَدُّ بأنّهما مُترادِفانِ اصطِلاحًا فلا أولَويّةَ على أنّ ابنَ مالِكٍ جعلها لُغةً مُرادِفةً لِلتعنينِ فتكونُ مشترَكةً (وإذا ثَبَتَتْ) العُنّةُ بوجهٍ مِمّا مَرَّ (ضرب القاضي له) ولو قِنًّا كافِرًا إذْ ما يَتعلَّقُ بالطَّبْعِ لا يَفترِقُ

سنةً، بطَلَبِها، فإذا تَمَّتْ رَفَعَتْه إليه فإنْ قال وطِئْتُ حلَفَ، فإنْ نَكَلَ حُلِّفَتْ فإنْ حلَفَتْ أو أَقَرَّ استَقَلَّتْ بالفسْخِ، وقيلَ يَحتاجُ إلى إذْنِ القاضي أو فَسْخِه، ....

فيه القِنُّ وغيرُه (سنةً) لِقَضاءِ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بها وحُكيَ فيه الإجماعُ وحِكْمَتُه مُضيُّ الفُصولِ الأربَعةِ فإنْ تعذُّرَ الجِماعِ إنْ كان لِعارِضِ حرارةٍ زالَ شِتاءً أو بُرودةٍ زالَ صَيْفًا أو يُبوسةٍ زالَ رَبيعًا أو رُطوبةٍ زالَ خَريفًا فإذا مَضَت السّنةُ عُلِمَ أنّ عَجْزَه خِلْقيٌّ وإنّما تُضرَبُ السّنةُ (بطَلَبِها) لأنّ الحقَّ لها ويكفي قولُها: أنا طالِبةٌ حَقّي بموجَبِ الشرعِ وإنْ جَهِلَتْ تفصيله لا بسُكوتها فإنْ ظَنّه لِنحوِ دَهَشٍ أو جَهْلٍ نَبَّهَها إنْ شاءَ (فإذا تَمّت السّنةُ) ولم يَطَأْها (رَفعتْه إليه) لامتناعِ استقلالِها بالفسخِ ولا يلزمُها هنا فوْرٌ في الرّفْعِ على ما قاله الماوَرْديُّ والرّويانيُّ والظّاهرُ أنّه ضعيفٌ وإنْ أقَرَّه غيرُ واحدٍ لِما يأتي أنّها إذا أجّلَتْه بعدَها يسقُطُ حَقُّها لانتفاءِ الفوْريّةِ ولِما مَرَّ من وجوبِ الفوْريّةِ في العُنّةِ بعدَ تَحقُّقِها (فإنْ قال وطِئْتُ) فيها أو بعدَها وهي ثَيِّبٌ أو بِكْرٌ غَوْراءُ ولم تُصدِّقْه (حُلِّفَ) إنْ طلبتْ يَمينَه أنّه وطِئَها كما ادَّعى لِتعذُّرِ إثباتِ الوطءِ مع أنّ الأصلَ السّلامةُ أمّا بِكْرٌ غيرُ غَوْراءَ شَهِدَ أربَعُ نِسوةٍ ببَقاءِ بَكارَتها فتُصدَّقُ هي لأنّ الظّاهرَ معها وهل يجبُ تَحْليفُها الأرجَحُ في الشرحِ الصّغيرِ نعم، وعليه الأوجَه توقِفُه على طَلَبه وكيْفيّةِ حَلِفِها أنّه لم يُصِبْها وأنّ بَكارَتَها أصليّةٌ ولو لم تَزُلِ البكارةُ في غيرِ الغَوْراءِ لِرِقّة الذَّكرِ فهو وطْءٌ كامِلٌ وهو صريحٌ في إجزائِه في التحليلِ ولو امتَهَلَ أُمْهِلَ يومًا فأقَلَّ.

(تنبيهٌ): تصديقُه في الوطءِ مُستَثنًى من قاعِدةِ أنّ القولَ قولُ نافي الوطءِ واستُثنيَ منها أيضًا تصديقُه فيه في الإيلاءِ وفيما لو أعسَرَ بالمهرِ حتى يَمْتَنِعَ فسخُها به وتصديقُها فيه فيما لو اختلفا أنّ الطّلاقَ قبله أو بعدَه وأتَتْ بوَلَدٍ يَلْحَقُه ولو قال لِطاهرٍ: أنت طالِقٌ لِلسُّنّةِ فقال وطِئْت في هذا الطُّهْرِ فلا طلاقَ حالاً وقالتْ لم تَطَأْ فوقع حالاً صُدِّقَ لأصلِ بَقاءِ العِصْمةِ ولو شُرِطَتْ بَكارَتُها فوُجِدَتْ ثَيِّبًا فقالت افْتَضَّني وأنكر صُدِّقت لِدَفْعِ الفسخِ وهو لِدَفْعِ كمالِ المهرِ، ونظيرُه إفتاءُ القاضي في إذا لم أُنفِقْ عليكِ اليومَ فأنت طالِقٌ وادَّعى الإنفاقَ فيُصدَّقُ لِدَفْعِ الطّلاقِ وهي لِبَقاءِ النّفَقة عليه عَمَلاً بأصلِ بَقاءِ العِصْمةِ وبَقاءِ النّفَقة وسيأتي أواخِرَ الطّلاقِ بما فيه ولو اختلفت هي والمُحَلِّلُ في الوطءِ صُدِّقت حتى تَحِلَّ للأوّلِ لِعُسرِ إقامةِ البيِّنةِ عليه وهو حتى يتشطَّرُ المهرُ.

(فإنْ نَكلَ) عن اليمينِ (حُلِّفت) هي أنّه لم يَطَأْها إذِ النُّكولُ كالإقرارِ (فإنْ حَلَفت) أنّه لم يَطَأْها (أو أقَرَّ) هو بذلك (استَقَلَّتْ) هي (بالفسخِ) لكن بعدَ قولِ القاضي: ثَبَتَت العُنّةُ أو حَقُّ الفسخِ فاختاري، والظّاهرُ كما قاله غيرُ واحدٍ أنّه لا يُشْتَرَطُ قولُه فاختاري ومن ثَمَّ حَذَفَه من الشرحِ الصّغيرِ، وبَحْثُ السُّبْكيِّ أنّه لا بُدَّ من حَكَمْتُ لأنّ الثُّبوتَ غيرُ حكم مَرْدودٌ لأنّ المدارَ على تَحقُّقِ السّبَبِ وقد وُجِدَ (وقيلَ يُحتاجُ إلى إذْنِ القاضي) لها في الفسخِ (أو فسخِه) بنفسِه لأنّه مَحَلُّ نَظَرٍ واجتهادٍ ويُرَدُّ بأنّ النّظَرَ والاجتهادَ قد وقَعَ بما سبَقَ وإنّما كان هذا هو الأصحَّ في الفسخِ بالإعسارِ لأنّ العُنّةَ هنا خَصْلةٌ واحدةٌ فإذا تَحقَّقت بضَرْبِ المُدّةِ وعدمِ الوطءِ لم يَبْقَ احتياجٌ لِلاجتهادِ بخلافِ الإعسارِ فإنّه بصَدَدِ الزّوالِ

ولو اعْتَزَلَتْه أو مَرِضَتْ أو حُبِسَتْ في المُدّةِ لم تُحْسَبْ، ولو رَضِيَتْ بعدها به بَطَلَ حَقُّها، وكذا لو أجَّلَتْه على الصّحيحِ. ولو نَكَحَ وشُرِطَ فيها إسْلامٌ أو في أحَدِهما نَسَبٌ أو حُرّيّةٌ أو غيرُهما، فأُخْلِفَ فالأظْهَرُ صِحّةُ النِّكاحِ، ثم إنْ بانَ خَيْرًا مِمّا شُرِطَ فلا خيارَ، وإنْ بانَ دونَه فَلَها الخيارُ، وكذا له في الأصَحِّ.

كلَّ وقتٍ فيحتاجُ لِلنّظَرِ والاجتهادِ فلم تُمَكَّنْ من الفسخِ به وهذا أولى مِمّا فرَّقَ به شارِحٌ فتأمّلْه (ولو اعتزَلَته أو مَرِضَتْ أو حُبِسَتْ في المُدّةِ) جميعِها (لم تُحْسَبْ) المُدّةُ إذْ لا أثَرَ لها حينئذٍ فتَستأنِفُ سنةً أخرى بخلافِ ما لو وقَعَ ذلك له فإنّها تُحْسَبُ عليه واعتمد الأذرَعيُّ في مَرَضِه وحَبْسِه وسَفَرِه كرْهًا عدمَ حُسبانِها لِعدمِ تقصيرِه وخرج بجميعِها بعضُها كفَصْلٍ منها فلا يجبُ الاستئنافُ بل يُنْتَظَرُ ذلك الفصلُ الذي وقَعَ لَها ذلك فيه فتكونُ معه فيه ولا يَضُرُّ انعِزالُها عنه فيما عداه على الأوجَه ولو كان الانعِزالُ عنه يومًا مثلاً مُعَيَّنًا من فصلٍ فهل تقضي الفصلَ جميعَه أو نظيرَ ذلك اليومِ أو يومًا منه أيَّ يومٍ؟ القياسُ الثاني (ولو رَضِيَتْ بعدَها) أي السّنةِ (به بَطَلَ حقُّها) من الفسخِ لِرضاها بالعيْبِ مع كونِه خَصْلةً واحدةً والضّرَرُ لا يتجَدَّدُ وبه فارَقَ الإيلاءَ والإعسارَ وانهِدامَ الدّارِ في الإجارةِ وخرج ببعدِها رِضاها قبلَ مُضيِّها لأنّه إسقاطٌ للحَقِّ قبلَ ثُبوته.

(وكذا لو أجّلَته) زَمَنًا آخرَ بعدَ المُدّةِ (على الصّحيحِ) لأنّه على الفوْرِ والتّأجيلُ مُفَوِّتٌ له وبه فارَقَ إمهالَ الدّائنِ بعدَ الحُلولِ لأنّ حَقَّ طَلَبِ الدّين على التّراخي، (ولو نَكَحَ وشُرِطَ) في العقدِ (فيها إسلامٌ) أو فيه إذا أرادَ تزَوُّجَ كِتابيّةٍ (أو في أحدِهما نَسَبٌ أو حُرّيّةٌ أو غيرُهما) من الصِّفات الكامِلةِ أو النّاقصةِ أو التي لا ولا كبَكارةٍ أو ثُيوبةٍ أو كونِه قِنًّا أو كونِها قِنّةً أو كونِ أحدِهما أبيَضَ مثلاً (فأخلِفَ) المشروطُ وقد أذِنَ السّيِّدُ فيما إذا بانَ قِنًّا والزوجُ مِمَّنْ تَحِلُّ له الأمةُ إذا بانَتْ قِنّةً والكافِرةُ كِتابيّةً يَحِلُّ نِكاحُها (فالأظهرُ صحّةُ النكاحِ) لأنّ خُلْفَ الشرطِ إذًا لم يُفْسِد البيعَ المُتأثِّرَ بالشُّروطِ الفاسِدةِ فالنّكاحُ أولى أمّا خُلْفُ العين كزَوِّجْني من زَيْدٍ فزَوَّجَها من عمرٍو فيُبْطِلُ جزْمًا (ثم) إذا صَحَّ (إنْ بانَ) الموصوفُ في غيرِ العيْبِ لِما مَرَّ فيه مثلَ ما شُرِطَ أو (خيرًا مِمّا شُرِطَ) كإسلام وبَكارةٍ وحُرّيّةٍ بَدَلَ أضْدادِها صَحَّ النّكاحُ وحينئذٍ (فلا خيارَ) لأنّه مُساوٍ أو أكمَلَ وفارَقَ مَبيعةً شُرِطَ كُفْرُها فبانَتْ مسلمةً بأنّ المَلْحَظَ ثَمَّ القيمةُ وقد تَزيدُ في الكافِرةِ (وإنْ بانَ دونَه) أي المشروطِ (فلها الخيارُ) للخُلْفِ نعم، الأظهرُ في الروضةِ أنّ نَسبه إذا بانَ مثلَ نَسَبِها أو أفْضَلَ لم تَتَخَيَّرْ وإنْ كان دون المشروطِ خلافًا لِمَن اعتمد مقتضى إطلاقِ المتنِ إذْ لا عارَ وكذا لو شُرِطَتْ حُرّيّتُه فبانَ قِنًّا وهي أمةٌ على الأوجَه وعلى مُقابِله الذي جَزَمَ به بعضُهم يتخَيَّرُ سيِّدُها لا هي بخلافِ سائِرِ العُيوبِ لأنّ له إجبارَها على نِكاح عبدٍ لا مَعيبٍ وأخِذَ مِمّا تقرّر أنّه متى بانَ مثلَ الشّارِطِ أو فوقَه فلا خيارَ وإنْ كان دون المشْروطِ (وكذا له) الخيارُ إنْ بانَتْ دون ما شَرَطَ سواءٌ هنا أيضًا صِفة الكمالِ وغيرُها.

(في الأصحِّ) للغَرَرِ نعم، حكمُ النّسَبِ هنا وكونِها أمةً وهو عبدٌ كهو ثَمَّ والخيارُ فيهما فوريٌّ لا

ولو ظَنّها مُسْلِمةً أو حُرّةً فَبانَتْ كِتابيّةً أو أمةً وهي تَحِلُّ له فلا خيارَ في الأظْهَرِ، ولو أذِنَتْ في تَزْويجِها بمَنْ ظَنّتْه كُفئًا فَبانَ فِسقُه أو دَناءةُ نَسَبِه وحِرْفَتِه فلا خيارَ لَها. قُلْتُ: ولو بانَ مَعيبًا أو عبدًا فَلَها الخيارُ، واللّه أعْلمُ.

وَمَتى فُسِخَ بخُلْفٍ فَحُكْمُ المهْرِ والرُّجوعِ به على الغارِّ ما سَبَقَ في العيْبِ، والمُؤَثِّرُ تَغْريرٌ قارَنَ العقْدَ، ولو غُرَّ بحُرّيّةِ أمةٍ وصَحَّحْناه ....

يحتاجُ لِحاكِمٍ ونازع فيه الشيخانِ بأنّه مُجْتَهَدٌ فيه فلْيكن كما مَرَّ.

(تنبية): وجه جَرَيانِ الخلافِ في هذه دون ما قبلها واختلافِ المُرَجِّحين فيما لو بانَ قِنًّا وهي أمةٌ دون ما إذا بانَتْ أمةً وهو عبدٌ أنّ الزوجَ يُمْكِنُه التّخَلُّصُ بالطّلاقِ وتَزيدُ الثانيةُ بتَضَرُّرِها بنفقةِ المُعْسِرين بخلافِه.

(ولو ظَنّها مسلمةً أو حُرّةً) مثلاً ولم يشرُطْ ذلك (فبانَتْ كِتابيّةً أو أمةً وهي تَحِلُّ له فلا خيارَ) له (في الأظهرِ) لِتقصيرِه بتركِ البحثِ أو الشرطِ وكما لو ظَنّ المبيعَ كاتبًا مثلاً فلم يكن (ولو أذِنَتْ في تزويجِها بمَنْ ظَنّتْه كفُؤًا فبانَ فِسقُه أو دَناءةُ نَسَبه أو حِرفَته فلا خيارَ لها) لِتقصيرِها كوَليِّها بتركِ ما ذُكِرَ (و لو بانَ مَعيبًا أو عبدًا) وهي حُرّةٌ (فلها الخيارُ واللّه أعلمُ) أمّا الأوّلُ وهو معلومٌ مِمّا مَرَّ أوّلَ البابِ كما عُلِمَ منه أنّ مثله ما لو ظَنّها سليمةً فبانَتْ مَعيبةً فلِموافَقة ما ظَنّتْه من السّلامةِ للغالِبِ في النّاسِ وأمّا الثاني فلأنّ نَقْصَ الرِّقِّ يُؤَدّي إلى تَضَرُّرِها بإشغالِ سيِّدِه له عنها بخِدْمَته وبأنّه لا يُنْفِقُها إلا نفقةَ المُعْسِرين ويَتعيَّرُ ولَدُها برِقِّ أبيه واعتمد جمعٌ مُتأخّرون نصَّ الأُمِّ والبوَيْطيِّ أنّه لا خيارَ كما لو ظَنّها حُرّةً فبانَتْ أمةً تَحِلُّ له ورُدَّ بأنّه يُمْكِنُه التّخَلُّصُ بالطّلاقِ وكالفِسقِ ويُرَدُّ بوُضوحِ الفرقِ إذِ الرِّقُّ مع كونِه أفْحَشَ عارًا يَدومُ عارُه ولو بعدَ العتقِ بخلافِ الفِسقِ لا سيّما بعدَ التوبةِ، (ومتى فُسِخَ) العقدُ (بخُلْفٍ) لِشرطٍ أو ظَنٍّ (فحكمُ المهرِ والرُّجوعِ به على الغارِّ ما سبَقَ). في الفسخِ بالعيْبِ فيُسقِطُ المهرَ قبلَ الوطءِ لا معه ولا بعدَه ولا يرجعُ به لو غَرِمَه على الغارِّ وحكمُ مُؤَنِ الزوجةِ في مُدّةِ العِدّةِ أنّها لا تجبُ هنا وثَمَّ ككلِّ مفسوخٍ نِكاحُها ولو حامِلاً على تَناقُضٍ لهما في سُكْناها كما يأتي (والمُؤَثِّرُ) للفسخِ بخُلْفِ الشرطِ (تَغْريرٌ قارَنَ العقدَ) بأنْ وقَعَ شرطًا في صُلْبه كزَوَّجْتُك هذه الحُرّةَ أو على أنّها حُرّةٌ أو بشرطِ كونِها حُرّةً وهو وكيلٌ عن سيِّدِها لأنّ الشُّروطَ إنّما تُؤَثِّرُ في العُقودِ إذا كانت كذلك أمّا المُؤَثِّرُ لِلرُّجوعِ بقيمةِ الولدِ الآتيةِ فلا تُشْتَرَطُ مُقارَنَتُه لِصُلْبِ العقدِ ويُفَرَّقُ بأنّ الفسخَ رَفْعٌ للعقدِ بالكلّيّةِ فاشتُرِطَ اشتمالُه على موجِبِ الفسخِ ليقوَى على رَفْعِه بعدَ انعِقادِه ولا كذلك قيمةُ الولدِ فسومِحَ فيها واكتُفِيَ فيها بتقديمِ التّغْريرِ على العقدِ مُطْلَقًا كما يقتضيه كلامُ الغزاليِّ أو بشرطِ الاتّصالِ به أي عُرْفًا مع قصْدِ التّرغيبِ في النّكاحِ على ما يقتضيه كلامُ الإمامِ ووقع لِلشّارِحِ خلافُ ما تقرّر في تَغْريرِ الفسخِ وهو غيرُ صحيحٍ كما بَيّنَه شيخُنا.

(ولو غُرَّ بحُرّيّةِ أمةٍ) في نِكاحِه إيّاها كأنْ شُرِطَتْ فيه (وصَحَّحْناه) أي النّكاحَ بأنْ قُلْنا: إنّ خُلْفَ

فالولَدُ قبلَ العِلْمِ حرٌّ، وعلى المغْرورِ، قيمَتُه لِسَيِّدِها ويَرْجِعُ بها على الغارِّ، والتَّغْريرُ بالحُرّيّةِ لا يُتَصَوَّرُ من سَيِّدِها بل من وكيلِه أو منها، فإنْ كان منها تَعَلَّقَ الغُرْمُ بذِمَّتِها.

الشرطِ لا يُبْطِلُه مع وجودِ شُروطِ نِكاحِ الأمةِ فيه أو لم نُصَحِّحْه بأنْ قُلْنا: إنّ الخُلْفَ يُبْطِلُه أو لِفَقْدِ بعضِها (فالولدُ) الحاصِلُ (قبلَ العلم) بأنّها أمةٌ (حرٌّ) وإنْ كان الزوجُ عبدًا عَمَلًا بظَنِّه فإنّ الولدَ يَتْبَعُه ومن ثَمَّ لو وطِئَ عبدٌ أمةً يَظُنُّ أنّها زوجَتُه الحُرّةُ كان الولدُ حُرًّا ولو وطِئَ زوجَتَه الحُرّةَ يَظُنُّ أنّها زوجَتُه الأمةُ فالولدُ حُرٌّ ولا أثَرَ لِظَنِّه خلافًا لِمَنْ تَوَهَّمَه ويُفَرَّقُ بأنّ الحُرّيّةَ التّابِعةَ لِحُرّيّةِ الأُمِّ أقوى إذْ لا يُؤَثِّرُ فيها شيءٌ فلم يُؤَثِّرْ فيها الظَّنُّ بخلافِ الرِّقِّ برِقِّها فإنّه يقبَلُ الرَّفْعَ بالتعليقِ والشرطِ فأثَّرَ فيه الظَّنُّ أمّا ما عَلِقت به بعدَ علمِه كأنْ ولَدَتْه بعدَ أنْ وطِئَ بعدَه بأكثرَ من ستّةِ أشهرٍ منه فهو قِنٌّ ويُصَدَّقُ في ظَنِّه بيَمينِه وكذا وارِثُه فيُحَلَّفُ أنّه لا يعلَمُ أنّ مورِّثَه علم رِقَّها (وعلى المغرورِ) في ذِمَّته ولو قِنًّا (قيمَتُه) يومَ وِلادَته لأنّه أوّلُ أوقات إمكانِ تقويمِه (لِسيِّدِها) وإنْ كان السّيِّدُ جَدَّ الولدِ لأبيه أو أُمِّه لِتفويته رِقَّه من أصلِه التّابعِ لِرِقِّها بظَنِّه حُرّيَّتَها ما لم يكن الزوجُ قِنًّا لِسيِّدِها إذِ السّيِّدُ لا يَثْبُتُ له على قِنِّه مالٌ أو تكن هي الغارّةَ وهي مُكاتَبةٌ وقُلْنا قيمةُ الولدِ لها إذْ لو غَرِمَ لها رجع عليها وخرج بقولي من أصلِه ما لو وطِئَ أمةَ أبيه يَظُنُّ أنّها زوجَتُه القِنّةُ فلا قيمةَ لأنّه هنا لم يُفَوِّت الرِّقَّ لانعِقادِه قِنًّا، وعتقُه عليه عَقِبَ ذلك قهْريٌّ لا دَخْلَ للوَلَدِ فيه.

(ويرجعُ بها) الزوجُ إذا غَرِمَها لا قبله كالضّامِنِ (على الغارِّ) غيرِ السّيِّدِ لأنّه الموقِعُ له في غَرامَتها مع كونِه لم يدخلْ في العقدِ على أنْ يضمنَ الولدَ بخلافِ المهرِ (والتغريرُ بالحُرّيّةِ لا يُتَصَوَّرُ من سيِّدِها) غالِبًا لِعتقِها بقولِه: زَوَّجْتُك هذه الحُرّةَ أو على أنّها حُرّةٌ مُؤاخَذةً له بإقرارِه ومن ثَمَّ لم تعتق باطِنًا إذا لم يقصِدْ إنْشاءَ العتقِ ولا سبَقَ منه (بل يُتَصَوَّرُ (من وكيلِه) أو وليِّه في نِكاحِها وحينئذٍ يكونُ خُلْفَ ظَنٍّ أو شرطٍ (أو منها) وحينئذٍ يكونُ خُلْفَ ظَنٍّ فقط ولا عبرةَ بقولِ مَنْ ليس بعاقِدٍ ولا معقودٍ عليه أمّا غيرُ غالِبٍ فيُتَصَوَّرُ كأنْ تكون مَرْهونةً أو جانيةً.

وهو مُعْسِرٌ وقد أذِنَ له المُستَحِقُّ في تزويجِها أو اسمُها حُرّةَ أو سيِّدُها مُفْلِسًا أو سفيهًا أو مُكاتَبًا ويُزَوِّجُها بإذْنِ الغُرَماءِ أو الوليِّ أو السّيِّدِ أو مَريضًا وعليه دَيْنٌ مُستَغْرِقٌ أو يُريدُ بالحُرّيّةِ العِفةَ عن الزِّنا لِظُهورِ القرينةِ فيه أو يتلَفَّظُ بالمشيئةِ بحيثُ يُسمِعُ نفسَه فقط وما أوهَمَه كلامُ بعضِهم أنّ المشيئةَ ينفَعُ إضْمارُها في الباطِنِ غيرُ مُرادٍ لِما يأتي في الطّلاقِ أنّ إضْمارَها لا يُفيدُ شيئًا لأنّها رافِعةٌ لأصلِ اليمينِ بخلافِ غيرِها (فإنْ كان) التّغْريرُ (منها تعلَّقَ الغُرْمُ بذِمّتها) فتُطالَبُ به غيرُ المُكاتَبةِ بعدَ عتقِها لا بكسبِها ولا برَقَبَتها وإنْ كان من وكيلِ السّيِّدِ تعلَّقَ بذِمَّته فيُطالَبُ به حالًا كالمُكاتَبةِ بناءً على الأصحِّ أنّ قيمةَ الولدِ لِسيِّدِها أو منهما فعلى كلٍّ نصفُها ولو استَنَدَ تَغْريرُ الوكيلِ قولها رُجِعَ عليها بما غَرِمَه نعم، لو ذكرَتْ حُرّيَّتَها لِلزوجِ أيضًا رجع الزوجُ عليها ابتداءً دونَه لأنّها لَمّا شافَهَتْه خرج الوكيلُ عن البين وصورةُ الرُّجوعِ عليهما أنْ يذكرا حُرّيَّتَها لِلزوجِ مَعًا بأنْ لا يستَنِدَ تَغْريرُه لِتَغْريرِها ولو استَنَدَ تَغْريرُها

ولو انْفَصَلَ الولَدُ مَيِّتًا بلا جِنايةٍ فلا شَيْءَ فيهِ. وَمَنْ عَتَقَتْ تَحْتَ رَقيقٍ أو مَنْ فيه رِقٌّ تَخيَّرَتْ في فَسْخِ النِّكاحِ، والأَظْهَرُ أنّه على الفوْرِ، فإنْ قالتْ جَهِلْتُ العِتْقَ صُدِّقَتْ بيَمينِها إنْ أمكَنَ: بأنْ كان المُعْتِقُ غائِبًا، وكذا إنْ قالتْ جَهِلْتُ الخيارَ به في الأَظْهَرِ، ....

لِتَغريرِ الوكيلِ كأنْ أخبرَها أنّ سيِّدَها أعتقَها فقياسُ ما تقرّر أنّه يرجعُ عليها ثمّ ترجعُ عليه ما لم يُشافِه الزوجَ أيضًا فيرجعُ عليه وحدَه.

(ولو انفصَلَ الولدُ مَيّتًا بلا جنايةٍ) أو بجنايةٍ غيرِ مَضمونةٍ (فلا شيءَ فيه) لأنّ حياتَه غيرُ مُتيَقَّنةٍ أمّا إذا انفصَلَ مَيّتًا بجنايةٍ مَضمونةٍ ففيه لانعقادِه حُرًّا غُرّةٌ لِوارِثِه فإنْ كان الجاني حُرًّا أجنبيًّا لَزِمَ عاقِلَتَه غُرّةٌ للمغرورِ الحُرِّ لأنّه أبوه ولا يُتَصَوَّرُ أنْ يَرِثَ معه إلا أُمُّ الأمِّ الحُرّةُ وعلى المغرورِ عُشْرُ قيمةِ الأُمِّ لِلسَّيِّدِ وإنْ زادتْ على قيمةِ الغُرّةِ لأنّ الجنينَ القِنَّ إنّما يُضْمَنُ بهذا أو قِنًّا أجنبيًّا تعلَّقت الغُرّةُ برَقَبَته ويضمنُه المغرورُ لِسيِّدِها بعُشْرِ قيمَتِها لِما ذُكِرَ، أو المغرورَ فالغُرّةُ على عاقِلَته لِوارِثِ الجنينِ ولِلسَّيِّدِ عليه العُشْرُ، أو قِنّه فالعُشْرُ على المغرورِ ولا يجبُ هنا شيءٌ من الغُرّةِ إلا إنْ وُجِدَتْ جَدّةُ الجنينِ فسُدُسُها في رَقَبةِ القِنِّ أو السَّيِّدَ فالغُرّةُ على عاقِلَته والعُشْرُ على المغرورِ أو قِنّه فالغُرّةُ برَقَبَته والعُشْرُ على المغرورِ. (ومَنْ عَتَقت) قبلَ وطْءٍ أو بعدَه (تحتَ رَقيقٍ أو مَنْ فيه رِقٌّ تخيَّرَتْ) هي دون سيِّدِها (في فسخِ النِّكاحِ) أو تحتَ حُرٍّ فلا إجماعًا في الأوّلِ وخلافًا لأبي حَنيفة في الثاني لأنّ بَريرةَ عَتَقت تحتَ مُغيثٍ وكان قِنًّا كما في البُخاريِّ وهو لأصَحّيّته وزيادةِ علمِ راويه مُقَدَّمٌ على رِوايةِ أنّه حُرٌّ فخَيَّرَها ﷺ بين المُقامِ والفِراقِ فاختارَتْ نفسَها مُتَّفَقٌ عليه ولِتَضرُّرِها به عارًا ونفقةً وغيرَهما نظيرَ ما مَرَّ بخلافِ الحُرِّ ولو عَتَقَ قبلَ فسخِها سقَطَ خيارُها أو معه لم ينفُذْ لِزَوالِ الضَّرَرِ نعم، لو لَزِمَ من تخييرِها دَوْرٌ كأنْ أعتقَها مَريضٌ قبلَ وطْءٍ وهي ثُلُثُ مالِه بالصَّداقِ لم تَتَخَيَّرْ لِسُقوطِ المهرِ بفسخِها فينقُصُ الثُّلُثُ فلا تعتقُ كلُّها فلا تَتَخَيَّرُ ولا يُحتاجُ هنا إلى رَفْعٍ لِحاكِمٍ لِما تقرّر من النَّصِّ والإجماعِ (والأظهرُ أنّه) أي هذا الخيارَ (على الفورِ) كخيارِ العيْبِ فيُعْتَبَرُ هنا بما مَرَّ في الشُّفْعةِ كما سبَقَ آنِفًا نعم، غيرُ المُكلَّفة تُؤَخِّرُ لِكمالِها لِتعذُّرِه من الوليِّ، والعتيقة في عِدّةِ طلاقٍ رجعيٍّ لها انتظارُ بَيْنونَتِها لِتَستَريحَ من تعبِ الفسخِ.

(فإنْ قالتْ) بعدَ أنْ أَخّرَت الفسخَ وقد أرادَتْه (جَهِلْتُ العتقَ صُدِّقت بيَمينِها إنْ أمكنَ) جَهْلُها به عادةً بأنْ لم يُكذِّبْها ظاهرُ الحالِ (بأنْ كان العتقُ غائبًا) عن مَحَلِّها وقتَ العتقِ لِعُذْرِها بخلافِ ما إذا كذَّبَها ظاهرُ الحالِ كأنْ كانت معه في بيته ولا قرينةَ على خوفِه ضَرَرًا من إظْهارِ عتقِها كما هو ظاهرٌ فإنّها لا تُصَدَّقُ بل الزوجُ بيَمينِه ويَبْطُلُ خيارُها (وكذا إنْ قالتْ: جَهِلْتُ الخيارَ به) فتُصَدَّقُ بيَمينِها (في الأظهرِ) لأنّه مِمّا يخفى على غالِبِ النّاسِ ولا يعرِفُه إلا الخواصُّ وبه فارَقَ عدمَ قبولِ دعوَى الجهْلِ بالرّدِّ بالعيْبِ ولو عُلِمَ صِدْقُها كعَجميّةٍ صُدِّقت جَزْمًا أو كذِبُها كفَقيهةٍ لم تُصَدَّقْ جَزْمًا وتُصَدَّقُ أيضًا في دعوَى الجهْلِ بالفوْريّةِ إنْ أمكنَ جَهْلُها بها كما في الرّدِّ بالعيْبِ.

فإنْ فَسَخَتْ قبلَ وطْءٍ فلا مَهْرَ، وبعده بعِتْقٍ بعده وجَبَ المُسَمَّى، أو قبلَه فَمَهْرُ مِثْلٍ، وقيلَ المُسَمَّى، ولو عَتَقَ بعضُها أو كوتِبَتْ أو عَتَقَ عبدٌ تَحْتَه أمةٌ فلا خيارَ.

فَصْلٌ

يَلْزَمُ الولَدَ إعْفافُ الأبِ والأجْدادِ على المشْهورِ: بأنْ يُعْطِيَه مَهْرَ حُرّةٍ، ....

(فإنْ فسَخَتْ قبلَ وطْءٍ فلا مهرَ) ولا مُتْعةَ وإنْ كان الحقُّ لِلسَّيِّدِ لأنّ الفسخَ من جهتها (و) إنْ فسَخَتْ (بعدَه) أي الوطءِ (بعتقٍ بعدَه وجَبَ المُسَمَّى) لاستقرارِه به (أو) فسَخَتْ بعدَ الوطءِ بعتقٍ (قبله) أو معه والفرضُ أنّها إنّما مَكَّنَتْه لِجَهْلِها به (فمهرُ مثلٍ) لاستنادِ الفسخِ للعتقِ السّابِقِ للوَطْءِ أو المُقارِنِ له فصار كوَطْءٍ في نِكاحٍ فاسِدٍ (وقيلَ المُسَمَّى) لاستقرارِه بالوطءِ وما وجَبَ منهما لِلسَّيِّدِ ويُجابُ عَمّا اعتَرَضَه به ابنُ الرِّفعةِ بأنّ استنادَ الفسخِ لِوقت العتقِ وإنْ أوجَبَ وُقوعَ الوطءِ وهي حُرّةٌ لا يُنافي ذلك لأنّ العقدَ هو الموجِبُ الأصليُّ وقد وقَعَ في ملكِه، (ولو عَتَقَ بعضُها أو كوتبَتْ أو عَتَقَ عبدٌ تحتَه أمةٌ فلا خيارَ) لِبَقاءِ أحكامِ الرِّقِّ في الأوّلينِ ولأنّه لا يُعَيَّرُ بها في الثالِثِ مع أنّه يُمْكِنُه الخلاصُ بالطّلاقِ بخلافِها.

فصل في الإعفافِ

(يلزمُ الولدَ) الحُرَّ الموسِرَ - بما يأتي في النّفَقات كما هو ظاهرٌ - الأقرَبَ ثمّ الوارِثَ وإنْ سفَلَ ولو أنثى وغيرَ مُكلَّفٍ وكافِرًا اتَّحَدَ أو تعدَّدَ فإن استوَى اثنانِ فأكثرُ قُربًا وإرثًا وُزِّعَ عليهم بحسبِ الإرثِ على ما رجحه في الأنوارِ أو بالسّويّةِ على الأوجه (إعفافُ الأبِ) الحُرِّ المعصومِ ولو كافِرًا (والأجدادِ) ولو من جِهةِ الأُمِّ (على المشهورِ) لِئَلّا يقعَ في الزِّنا المُنافي للمُصاحَبةِ بالمعروفِ ولأنّه من وجوه حاجاته المُهِمّةِ كالنّفَقة وبه فارَقَ الأُمَّ لأنّ الحقَّ لها لا عليها، وإلزامُه بالإنفاقِ على زوجِها معها عَسِرٌ جِدًّا على النُّفوسِ فلم يُكلَّفْ به ولو قدَرَ على إعفافِ أحدِ أُصولِه قدَّمَ عصبتَه وإنْ بَعُدَ كأبي أبي أبيه على أبي أُمِّه فإن استوَيا عُصوبةً أو عدمَها قدَّمَ الأقرَبَ كأبٍ على جَدٍّ وأبي أُمٍّ على أبيه فإن استوَيا قُربًا فقط بأنْ كانا في جِهةِ الأُمِّ كأبي أبي أُمٍّ وأبي أُمِّ أُمٍّ أُقرِعَ بينهما لِتعذُّرِ التوزيعِ وإعفافُه يحصُلُ في الرّشيدِ (بأنْ يُعْطيَه) بعدَ النّكاحِ ولا يلزمُه قبله (مهرَ) مثلِ (حُرّةٍ) تَليقُ به ولو كِتابيّةً ولو كان بعدَ أنْ نكَحَها موسِرًا ثمّ أعسَرَ قبلَ وطْئِها وامتنعتْ من التّسليمِ حتى يُسَلِّمَه بل لو نكَحَها مُعْسِرًا ولم يُطالِبْ ولَدَه بالإعفافِ ثمّ طالَبَه لَزِمَه لا سيَّما إنْ جَهِلَت الإعسارَ وأرادَت الفسخَ ذكرَه البُلْقينيُّ وهو مُتَّجَهٌ فيما إذا أرادَت الفسخَ وظاهرُ قولِنا مهرُ مثلِ حُرّةٍ أنّه يلزمُه ذلك وإنْ أمكنَه إذا فسَخَتْ أنْ يحصُلَ له زوجةٌ مثلُها بدونِ ذلك وهو أحدُ وجهَين في الحاوي ثانيهما أنّه إنّما يلزمُه مهرُ أقَلِّ حُرّةٍ تُكافِئُه حَكى ذلك في هذه الصّورةِ الزّركشيُّ في شرحِه ويوَجَّه الأوّلُ بأنّ نفسَه تعلَّقت بها أخذًا مِمّا يأتي في مسألةِ التعليمِ إذا فارَقَ قبلَ الوطءِ فلم يُكلَّفْ ما يقتضي فسخَها إذا لم يَزِدْ على مهرِ مثلِها

أو يَقولَ انْكِحْ وأُعْطِيكَ المهرَ، أو يَنْكِحَ له بإذْنِه ويُمهِرَ أو يُمَلِّكَه أمةً أو ثَمَنَها ثم عليه مُؤْنَتُهما. وَليس للأبِ تَعْيينُ النِّكاحِ دونَ التَّسَرّي ولا رَفيعةٍ، ولو اتَّفَقا على مَهْرٍ فَتَعْيينُها للأبِ. وَيَجبُ التَّجْديدُ إذا ماتَتْ أو انْفَسَخَ برِدّةٍ أو فَسَخه بعَيْبٍ، وكذا إنْ طَلَّقَ بعُذْرٍ في الأصَحِّ.

لِمَشَقَّته عليه مَشَقة لا تُحْتَمَلُ غالِبًا فقولُ بعضِهم ينبغي تقييدُه بما إذا لم يَثْقُلْ مهرُها بحيثُ يُمْكِنُ الابنَ تَحْصيلُ أخرى أو أمةٍ بأقَلَّ منه إنّما يأتي على الوجه الثاني وقد عُلِمَ أنّ الأوّلَ هو الأوجَه ثمّ رأيت شيخَنا صرّح بذلك فقال وظاهرٌ أنّه إنّما يلزمُه جميعُ ذلك إذا كان قدرَ مهرِ مثلِ مَنْ تليقُ به (أو يقولَ) له (انكِحْ وأُعطيك المهرَ) أي مهرَ مثلِ المنكوحةِ اللّائِقة به فلو زاد ففي ذِمّةِ الأبِ (أو يُنْكِحَ له بإذنِه ويُمْهِرَ أو يُمَلِّكه أمةً) تَحِلُّ له (أو ثمنَها) بعدَ الشّراءِ لِحُصولِ الغرَضِ بواحدٍ من ذلك ولا يكفي صَغيرةٌ ومَنْ بها مُثْبِتُ خيارٍ وشَوْهاءُ ولو شابّةً. كعمياءَ وجَذْماءَ وتزَوُّجُه أو ملكُه لِواحدةٍ من هَؤُلاءِ لا يمنعُ وجوبَ إعفافِه وخرج بيُمَلِّكه إنْكاحُه أمةً له أو لِغيرِه فلا يَجوزُ لأنّه غنيٌّ بمالِ فرعِه ومن ثَمَّ لو لم يقدِرْ إلا على مهرِ أمةٍ لَزِمَه على الأوجَه بَذْلُه ويتزَوَّجُها الأبُ لِلضّرورةِ أمّا غيرُ الرّشيدِ فعلى وليِّه أقَلُّ هذه الخمسةِ إلا أنْ يُرْفع لِحاكِمٍ يَرى غيرَه والحيرةُ في ذلك للفرعِ ما لم يَتَّفِقا على مهرٍ كما يأتي (ثمّ) إذا زَوَّجه أو مَلَّكه (عليه مُؤنَتُهما) أي الأبِ وحَليلَته لأنّها من تَتمّةِ الإعفافِ وحِلُّه بالزوجةِ والأمةِ بَعيدٌ لأنّ العطْفَ فيهما بأو على أنّه يوهِمُ وجوبَ اتّفاقِهما لو اجتَمَعا وفي نُسَخٍ مُؤْنَتُها كما في أصلِه واستُحْسِنَ لأنّ مُؤْنَةَ الأصلِ معلومةٌ من بابِها ولأنّه لا يلزمُ من إعفافِه مُؤْنَتُه إذْ قد يقدِرُ عليها فقط وقد يُجابُ بأنّه رُبَّما يُتَوَهَّمُ أنّه إذا أعفَّه لا يلزمُه مُؤْنَتُه وأنّ ما يأتي في النّفَقات إذا لم يُعِفَّه وبأنّ الغالِبَ أنّ مَنِ احتاجَ للإعفافِ يحتاجُ للإنْفاقِ ولا يلزمُ الفرعَ أُدْمٌ لِزوجةِ أصلِه ولا نفقةُ خادِمِها لأنّها لا تُخَيَّرُ بالعجْزِ عنهما ولو كان بعِصْمَته أخرى كشَوْهاءَ أنْفَقَ على التي تُعِفُّه فقط على الأوجَه (وليس للأبِ تعيينُ النّكاحِ دون التّسَرّي) ولا عكسُه (ولا) تعيينُ (رَفيعةٍ) لِمهرٍ ومُؤْنةٍ أو لِثمنٍ بجَمالٍ أو شَرَفٍ أو يَسارٍ لِنِكاحٍ أو شراءٍ لِما فيه من الإجحافِ بالفرعِ (ولو اتّفَقا على مهرٍ) أو ثمنٍ (فتعيينُها للأبِ) إذْ لا ضَرَرَ فيه على الفرعِ وهو أعلمُ بغَرَضِه.

(ويجبُ التّجديدُ إذا ماتتْ) الزوجةُ أو الأمةُ بغيرِ فعلِه كما هو واضِحٌ (أو انفسَخَ) نِكاحُه (بردّةٍ) منها لا منه على الأوجَه كالطّلاقِ بلا عُذْرٍ أو بنحوِ رَضاعٍ (أو فسخِه بعَيْبٍ) بها أو عكسِه لِبَقاءِ الحاجةِ للإعفافِ مع عدمِ التقصيرِ (وكذا إنْ طَلَّقَ) ولو بلا مالٍ أو أعتَقَ الأمةَ ولو غيرَ مُستولَدةٍ على ما فيه لإمكانِ بيعِها (بعُذْرٍ) كنُشوزٍ أو ريبةٍ (في الأصحِّ) بخلافِه لِغيرِ عُذْرٍ لأنّه المُفَوِّتُ على نفسِه وظاهرُه أنّه لا يُقْبَلُ منه العزْمُ على عدمِ عَوْدِه لِما صَدَرَ منه وإنْ ظَنّ صِدْقَه ولو قيلَ فيما إذا غلب على الظّنِّ صِدْقُه وحَقَّتْ ضَرورتُه بحيثُ خَشى عليه نحوَ زِنًا أو مَرَضٍ مُهْلِكٍ أنّه يُجَدِّدُ له أخرى لم يَبْعُدْ ولا يجبُ التّجديدُ في عِدّةِ الرّجْعيّةِ ويسري الطّلاقُ ومَرَّ ضابِطُه في مَبْحَثِ نِكاحِ السّفيه ويسألُ القاضيَ

وإنّما يَجِبُ إعْفافُ فاقِدِ مَهْرٍ مُحتاجٍ إلى نِكاحٍ ويُصَدَّقُ إذا ظَهَرَت الحاجةُ بلا يَمينٍ. وَيَحْرُمُ عليه وطْءُ أمةِ ولَدِه، والمذْهَبُ وُجوبُ مَهْرٍ لا حَدٍّ، فإنْ أحْبلَ فالولَدُ حُرٌّ نَسيبٌ، فإنْ كانتْ مُسْتَوْلَدةً لِلابنِ لم تَصِرْ مُسْتَوْلَدةً للأبِ، وإلّا ....

الحجْرَ عليه حتى لا ينفُذَ منه إعتاقُها والأوجَه أنّه ينفَكُّ عنه بمُجَرَّدِ قُدْرَته على إعفافِ نفسِه من غيرِ قاضٍ، (وإنّما يجبُ إعفافُ فاقِدِ مهرٍ) وثمنِ أمةٍ لا واجدِ أحدَهما ولو بقُدْرَته على كسبٍ يُحَصِّلُه لكن في زَمَنٍ قصيرٍ عُرْفًا بحيثُ لا يحصُلُ له من التّعَزُّبِ فيه مَشَقة لا تُحْتَمَلُ غالبًا فيما يظهرُ ويُفَرَّقُ بين هذا ووجوبِ إنْفاقِه وإنْ قدرَ على كسبٍ بأنّ المشقة ثَمَّ أكثرُ لِدَوامِها ولأنّها آكدُ إذْ لا خلافَ فيها بخلافِه (مُحتاجٍ إلى نِكاحٍ) أي وطْءٍ لِشِدَّةِ تَوَقانِه بحيثُ يَشُقُّ الصّبْرُ عليه وإنْ لم يَخَفْ عَنَتًا أو إلى عقدِه لِخِدْمةٍ لِنحوِ مَرَضٍ إنْ تعيَّنَ طَريقًا لِذلك لَكِنّه لا يُسَمَّى إعفافًا (ويُصَدَّقُ إذا ظهرت الحاجةُ) أي أظهرَها ولو بمُجَرَّدِ قولِه وإنْ لم تَحُفَّها قرائِنُ إذْ لا تُعْلَمُ إلا من جهته (بلا يَمينٍ) إذْ لا يَليقُ بحرمَته تَحْليفُه على ذلك ويأثَمُ بطَلَبه مع عدمِها ولو كذَّبَه ظاهرُ حالِه كذي فالِجٍ فللأذرَعيِّ فيه تَرَدُّدٌ والأوجَه تصديقُه بيَمينِه إن احتُمِلَ صِدْقُه ولو على نُدورٍ.

(ويحرُمُ عليه وطْءُ أمةِ ولَدِه) الذّكرِ والأنثى وإنْ سفَلَ إجماعًا (والمذهبُ) فيما إذا وطِئَها عالِمًا بتَحْريمِها (وجوبُ) تعزيرٍ عليه لِحَقِّ اللّه تعالى إنْ رَآه الإمامُ، وأرشِ بَكارةٍ و(مهرٍ) للوَلَدِ في ذِمّةِ الحُرِّ ورَقَبةِ غيرِه نعم، المُكاتَبُ كالحُرِّ لأنّه يملكُ وإنْ طاوَعَته لِلشُّبْهةِ الآتيةِ ومَحَلُّه إنْ لم يُحْبِلْها أو أحبَلها لكن تأخَّرَ إنْزالُه عن تَغْييبِ حَشَفَته كما هو الغالِبُ فإنْ أحبَلها وتَقَدَّمَ إنْزالُه على تَغْييبِ الحشَفة أو قارَنَه فلا مهرَ ولا أرشَ لأنّ وطْأه وقَعَ بعدُ أو مع انتقالِها إليه لِما يأتي أنّه يملكُها قُبَيْلَ الإحبالِ ويظهرُ أنّ القولَ في التّقَدُّمِ وعدمِه قولُ الأبِ بيَمينِه إذْ لا يُعْلَمُ إلا منه فإنْ شَكَّ فهو مَحَلُّ نَظَرٍ لأنّ الأصلَ العامَّ براءةُ الذِّمّةِ والخاصَّ إلزامُها إذْ إتلافُ مالِ الغيرِ الأصلُ فيه إيجابُه لِلضَّمانِ ويقعُ لهم أنّهم يُرَجِّحون هذا لِخُصوصِه فهو أقوى ومع ذلك الأقرَبُ الأوّلُ لأنّ الأب امتازَ عن غيرِه بما يوجِبُ خُروجَه عن هذا الخاصِّ (لا حَدٍ) لأنّ له بمالِ ولَدِه شُبهةَ الإعفافِ المُجانِسِ لِما فعله ومن ثَمَّ لم يَفْتَرِق الحالُ بين القِنِّ وغيرِه ولا بين مُستولَدةِ الابنِ وغيرِها على ما اقتضاه كلامُ الشرحِ الصّغيرِ واعتمده جمعٌ، لَكِنّ الذي في الروضةِ وأصلِها عن الرّويانيِّ عن الأصحابِ وجوبَه في المُستولَدةِ قطعًا إذْ لا شُبهةَ له فيها بوجهٍ لِعدمِ تَصَوُّرِ ملكِه لها بحالٍ نعم، لو وطِئَ الأمةَ في دُبُرِها حُدَّ كما يأتي في الزِّنا ويُؤْخَذُ من قولِهم لِعدمِ إلَخْ أنّ محرَمَ الأبِ المملوكةَ للوَلَدِ ليستْ كالمُستولَدةِ (فإنْ أحبَلَ) ها الأبُ (فالولدُ حُرٌّ نَسيبٌ) لِلشُّبْهةِ وإنْ كان قِنًّا كما نَقَلاه عن القفّالِ وأقَرّاه كوَلَدِ المغرورِ فيُطالَبُ بقيمةِ الولدِ بعدَ عتقِه نعم، المُكاتَبُ يُطالَبُ بها حالاً لأنّه يملكُ والمُبَعَّضُ بقدرِ الحُرّيّةِ حالاً وبِقدرِ الرِّقِّ بعدَ عتقِه وخالفه القاضي ورجحه البُلْقينيُّ.

(فإنْ كانت مُستولَدةً لِلابنِ لم تَصِرْ مُستولَدةً للأبِ) لأنّها لا تقبلُ النّقْلَ (وإلا) تكن مُستولَدةً له

فالأظْهَرُ أنّها تَصيرُ، وأنّ عليه قيمَتَها مع مَهْرٍ، لا قيمةَ ولَدٍ في الأصَحِّ. ويَحْرُمُ نِكاحُها، فلو مَلَكَ زَوْجةَ والِدِه الذي لا تَحِلُّ له الأمةُ ....

(فالأظهرُ أنّها تَصيرُ) مُستولَدةً للأبِ الحُرِّ. ولو مُعْسِرًا لِقوّةِ الشُّبْهةِ هنا وبه فارَقَ أمةَ أجنَبيٍّ وُطِئَتْ بشُبهةٍ ولو مَلَكَ الولدُ بعضَها، والباقي حُرٌّ نَفَذَ استيلادُ الأبِ في نصيبِ ولَدِه، أو قِنٌّ نَفَذَ فيه مُطْلَقًا.

وكذا في نصيبِ الشّريكِ إنْ أيسَرَ ووَلَدُه حُرٌّ كلُّه فعليه قيمَتُه لهما أمّا القِنُّ كلُّه أو بعضُه فلا تَصيرُ مُستولَدةً له لِتعذُّرِ ملكِ غيرِ المُكاتَبِ والمُبَعَّضِ ولأنّهما لا يَثبُتُ إيلادُهما لأمَتِهما فأمةُ فرعِهما أولى واستَثْنَى من ذلك شارِحٌ ما لو استعارَ أمةَ ابنِه لِلرَّهْنِ فرَهَنَها ثمّ استولَدَها قال فلا تَصيرُ كما أفتى ابنُه به القفّالُ لأدائِه إلى بُطْلانِ عقدٍ عَقَدَه بخلافِ ما لو رُهِنَ أمةً فاستولَدَها أبوه فإنّها تَصيرُ لأنّه لا يُؤَدّي لِذلك اهـ.

ويَرُدُّه ما مَرَّ أنّ الرّاهِنَ لو أحبَلَ أمَتَه المرْهونةَ وهو موسِرٌ صارتْ أُمَّ ولَدٍ له وبَطَلَ الرَّهْنُ مع أدائِه إلى بُطْلانِ عقدٍ عَقَدَه بنفسِه ثمّ رأيت أنّ القفّالَ قائِلٌ بأنّ إيلادَ الرّاهِنِ لا يَنفُذُ مُطْلَقًا لأدائِه لِما ذُكِرَ بخلافِ أبيه في المسألةِ الثانيةِ وهو صريحٌ فيما ذكرْته أنّ ما صَحَّحوه في الرّاهِنِ يَرُدُّ تفرقةَ القفّالِ وتوجيهَه المذكورَين فالوجه عدمُ النُّفوذِ فيهما لا لِما ذكرَه القفّالُ بل لأنّه يلزمُ عليه تقديرُ انتقالِ الملكِ في المرْهونِ لِغيرِ المُرْتَهِنِ بنحوِ بيعٍ أو هِبةٍ ولو ضِمْنيًّا فإنّه ممنوعٌ كما ذكروه في الرّهْنِ فإنْ قُلْت التقديرُ في الأولى ليس لأجنَبيٍّ لأنّه لِلرّاهِنِ قُلْت بل هو أجنَبيٌّ بالنّظَرِ إلى عدم ملكِه لِلرَّهْنِ فلم يكن كالمالِكِ المُستولِدِ لأنّه لا تقديرَ فيه ثمّ رأيت القاضيَ وافَقَ القفّالَ في الأولى على الجزمِ بأنّها لا تَصيرُ والبُلْقينيُّ وجَّهَه بما يَئولُ لِما مَرَّ عن القفّالِ مع رَدِّه (وأنّ عليه قيمَتَها) يومَ الإحبالِ ما لم يستولِ عليها قبلَ الوطءِ وإلا فأقصَى القيَمِ من الاستيلاءِ إلى الإحبالِ (مع مهرٍ) بشرطِه السّابِقِ كما يلزمُ أحدَ شَريكين استولَدَ المشترَكةَ نصفُ كلٍّ منهما ووَجَبا لاختلافِ سبَبَيْهِما فالمهرُ للإيلاجِ والقيمةُ لِلاستيلادِ وقد يلزمُه مهرٌ إنْ كان زَوَّجَ أمَتَه لأخيه فوَطِئَها الأبُ فعليه مهرٌ لِلزوجِ لأنّه حَرَّمَها عليه أبدًا بوَطْئِه ومهرٌ للمالِكِ لاستيفائِه منفعةَ بُضْعِه المملوكِ له فالجِهةُ مختَلِفة (لا قيمةُ ولَدٍ) فلا يلزمُه وإن انفَصَلَ حَيًّا أو مَيِّتًا بجنايةٍ مَضْمونةٍ (في الأصحِّ) لانتقالِ ملكِه لها قُبَيْلَ العُلوقِ حتى يسقُطَ ماؤُه في ملكِه صيانةً لِحرمَته ومن ثَمَّ لو استولَدَ مُستولَدةَ ابنِه لَزِمَه قيمةُ الولدِ لأنّه لا يُتَصَوَّرُ ملكُه لأُمِّه ولا قيمةَ عليه لها حتى تندَرِجَ قيمَتُه فيها.

(و) يحرُمُ (عليه) أي الأصلِ من النّسَبِ الحُرِّ (نِكاحُها) أي أمةِ ولَدِه وإنْ لم يجبْ إعفافُه على ما اقتضاه إطلاقُهم لكن مَرَّ في مَبْحَثِ نِكاحِ الأمةِ أنّ مَحَلَّه في الموسِرِ كما أفْهَمته عِلّتُهم وجَرى عليه الزّركشيُّ وغيرُه لأنّ قوّةَ شُبهته في مالِه استحْقاقَه الإعفافَ عليه صَيَّرَتْه كالشّريكِ ومن ثَمَّ لم تَحرُم على أصلٍ قِنٍّ كأمةِ أصلٍ على فرعِه وأمةِ فرعِ رَضاعٍ على أصلِه قطعًا.

(فلو مَلَكَ زوجةَ والِدِه الذي لا تَحِلُّ له الأمةُ) حالَ ملكِ الولدِ وكان نَكَحَها قبلَ ذلك بشرطِه

لم يَنْفَسِخ النِّكاحُ في الأَصَحِّ. وَليس له نِكاحُ أمةِ مُكاتَبِهِ، فإنْ مَلَكَ مُكاتَبٌ زَوْجةَ سَيِّدِه انْفَسَخَ النِّكاحُ في الأَصَحِّ.

فَصْلٌ

السّيِّدُ بإذْنِه في نِكاحِ عبدِه لا يَضْمَنُ مَهْرًا ونَفَقةً في الجديدِ، وهما في كَسْبِه بعد النِّكاحِ المُعْتادِ والنّادِرِ، ....

(لم ينفسِخ النكاحُ في الأصحِّ) لأنّه يُغْتَفَرُ دوامًا لِقوَّته ما لا يُغْتَفَرُ ابتداءً ومن ثَمَّ لم يرتَفع نِكاحُ الأمةِ بطُروِّ يَسارٍ وتَزَوُّجِ حُرّةٍ أمّا إذا حَلَّتْ له حينئذٍ لِكونِه قِنًّا أو الولدِ مُعْسِرًا لا يلزمُه إعفافُه أو مُكاتَبًا وأذِنَ له سيِّدُه في تزويجِها من أبيه فلا ينفَسِخُ بطُروِّ ملكِ الولدِ قطعًا فقولُ الإسنَويِّ ومَنْ تَبِعَه «**هذا التقييدُ لا فائدةَ له**» مَرْدودٌ بذلك. (**وليس له نِكاحُ أمةِ مُكاتَبِه**) لأنّ شُبهتَه في مالِه أقوى من شُبهةِ الولدِ ومن ثَمَّ قال (**فإنْ مَلَكَ مُكاتَبٌ زوجةَ سيِّدِه انفَسَخَ النكاحُ في الأصحِّ**) وفارَقَ الابنَ بأنّ تعلُّقَ السّيِّدِ بمالِ المُكاتَبِ أشَدُّ من تعلُّقِ الأصلِ بمالِ الفرعِ ومن ثَمَّ جَرى لَنا قولٌ إنّه ملكٌ لِلسَّيِّدِ وإنّما لم يعتق بعضُ سيِّدٍ مَلَكه مُكاتَبُه لأنّه قد يَجْتَمِعُ ملكُ البعضِ وعدمُ العتقِ إذِ المُكاتَبُ نفسُه لو مَلَك أباه لم يعتق عليه والملكُ والنكاحُ لا يَجْتَمِعانِ أبدًا .

فصل

(**السّيِّدُ بإذْنِه في نِكاحِ عبدِه لا يضمنُ**) بذلك الإذْنِ كما دَلَّ عليه السّياقُ الذي هو نفيُ كونِ الإذْنِ سببًا لِلضَّمانِ، واحتمالُ أنّه لإفادةِ كونِ الإذْنِ سببًا لِنفيِ الضّمانِ بَعيدٌ من السّياقِ والمعنى؛ لأنّ نفيَ الضّمانِ هو الأصلُ فلا يُحتاجُ لِبيانِ سبَبٍ له حُرٌّ فلا اعتراضَ على المتنِ نعم، الأحسَنُ لا يضمنُ بإذْنِه في نِكاحِ عبدِه ليكون نصًّا في الأوّلِ فإنْ قُلْت بإذْنِه قيْدٌ لِمُقابِلِ الجديدِ فلا فرقَ بين تَقَدُّمِه وتأخُّرِه قُلْت ممنوعٌ بل على الجديدِ لا فرقَ بين الإذْنِ وعدمِه وعلى القديمِ لا بُدَّ منه فحَقُّ العبارةِ لولا ما قرَّرْته السّيِّدُ لا يضمنُ ذلك على الجديدِ وفي القديمِ يضمنُه إنْ أذِنَ (**مهرًا ونفقةً**) أي مُؤْنةً بل غالِبُ الفُقَهاءِ يُطْلِقونَها عليها (**في الجديدِ**) لأنّه لم يَلْتَزِمْهما تصريحًا ولا تعويضًا بل لو ضَمِنَ ذلك عندَ إذْنِه لم يضمنْه لِتَقَدُّمِ ضمانِه على وجوبه بخلافِه بعدَ العقدِ فإنّه يصحُّ في المهرِ إنْ علمه لا النَّفَقة إلا فيما وجَبَ منها قبلَ الضّمانِ وعلمه (**وهما في كسبه**) كذِمَّته لأنّه بالإذْنِ رَضيَ بصَرْفِ كسبه فيهما ولا يُعْتَبَرُ كسبُه الحادِثُ بعدَ الإذْنِ في النّكاحِ بل الحادِثُ (**بعدَ النّكاحِ**) ووجوبِ الدفعِ وهو في مهرِ مُفَوِّضةٍ بفرضٍ صحيحٍ أو وطْءٍ ومهرِ غيرِها الحالِّ بالعقدِ والمُؤَجَّلِ بالحُلولِ وفي النَّفَقة بالتمكينِ وإنّما اعْتُبِرَ في إذْنِه له في الضّمانِ كسبُه بعدَ الإذْنِ وإنْ تأخَّرَ الضّمانُ عنه لِثُبوت المضْمونِ حالةَ الإذْنِ ثمّ لا هنا كما مَرَّ (**المُعتادِ**) كالحِرْفة (**والنّادِرِ**) كلُقَطةٍ ووَصيّةٍ، وكيْفيّةُ تعلُّقِهما بالكسبِ أنّه يُنْظَرُ في كسبه كلَّ يومٍ فيُؤَدّي منه النَّفَقة لأنّ الحاجةَ إليها ناجِزةٌ ثمّ إنْ فضَلَ شيءٌ صُرِفَ للمهرِ الحالِّ حتى

فإنْ كان مأذونًا له في تِجارةٍ فَفيما بيَدِه من رِبْحٍ وكذا رأسُ مالٍ في الأصَحِّ، وإنْ لم يَكُنْ مُكْتَسِبًا ولا مأذونًا له فَفي ذِمَّتِه، وفي قولٍ على السَّيِّدِ. وله المُسافَرةُ به ويَفوتُ الاستِمتاعُ، وإذا لم يُسافِرْ لَزِمَه تَخْليَتُه لَيْلاً لِلاستِمتاعِ. وَيَسْتَخْدِمُه نَهارًا إنْ تَكفَّلَ المهْرَ والنَّفَقةَ وإلّا فَيُخْليه لِكَسْبِهما وإن استَخْدَمَه بلا تَكَفُّلٍ لَزِمَه الأقَلُّ من أُجْرةِ مِثْلٍ وكُلِّ المهْرِ والنَّفَقةِ، ....

يَفرُغَ ثمّ يُصْرَفُ لِلسَّيِّدِ ولا يُدَّخَرُ منه شيءٌ لِلنَّفَقة أو الحُلولِ في المُستقبَلِ لِعدمِ وجوبهما وقولُ الغزاليِّ يُصْرَفُ للمهرِ أوّلاً ثمّ لِلنَّفَقة حَمَله ابنُ الرِّفعةِ على ما إذا امتنعتْ من تَسليم نَفسِها حتى تقبِضَ المهرَ كلَّه ونازع الأذرَعيُّ في المقالتين ثمّ بحث أنّه لا يَتعيَّنُ كلٌّ من هذينِ لأنّهما دَيْنٌ في كسبه فيَصْرِفُه عَمّا شاءَ من المهرِ أو النّفقة وهو القياسُ (فإنْ كان مأذونًا له في التِّجارةِ فـ) يجبانِ (فيما بيَدِه من رِبحٍ). ولو قبلَ الإذنِ في النّكاحِ (وكذا رَأسُ مالٍ في الأصحّ) لأنّه لَزِمَه بعقدٍ مأذونٍ فيه فكان كدَينِ التِّجارةِ وبه فارَقَ ما مَرَّ في الكسبِ أنّه لا يَتعلَّقُ به إلا بعدَ الوجوبِ ويُفَرِّقُ أيضًا بأنّ القِنّ لا تعلُّقَ له ولا شُبهةَ فيما حَصَلَ بكسبه وإنْ وفرَّه السَّيِّدُ تحتَ يَدِه بخلافِ مالِ التِّجارةِ لأنّه مُفَوَّضٌ لِرَأيِه فله فيه نَوْعُ استقلالٍ ويجبانِ في كسبه هنا أيضًا فإذا لم يَفِ أحدُهما به كُمِّلَ من الآخرِ (وإنْ لم يكن مُكْتَسِبًا ولا مأذونًا له) أو زاد على ما قدَّرَ له (ففي ذِمَّته) يُطالَبُ به إذا عَتَقَ لِوجوبه برِضا مُستَحِقِّه (وفي قولٍ على السّيِّدِ) لأنّ الإذنَ لِمَنْ هذا حالُه التزامٌ للمُؤَنِ.

(وله المُسافَرةُ به) إنْ تكفَّلَ المهرَ والنّفقة ويُمْكِنُ رُجوعٌ إنْ تَكفَّلَ الآتيَ ومفهومُه لهذه أيضًا ولم يَتعلَّقْ به حَقٌّ للغيرِ كرَهْنٍ وإلا اشتُرِطَ. رِضاه (ويُفَوِّتُ الاستمتاعَ) عليه لِملكِه الرَّقَبةَ فقُدِّمَ حَقُّه نعم، للعبدِ استِصْحابُ زوجَته معه والكِراءُ من كسبه فإنْ لم يَطْلُبْها لِلسَّفَرِ معه فنفقتُها باقيةٌ بحالِها (وإذا لم يُسافِرْ) به أو سافَرَ به معها (لَزِمَه تخليَتُه ليلاً) أي بعضَه الآتيَ في الأمةِ ووقتَ فراغِ شُغْلِه بعدَ النُّزولِ في السّفَرِ فيما يظهرُ خلافًا لِما يوهِمُه كلامُ الماوَرْديِّ ثمّ رأيت الزّركشيَّ صرّح بنحوِ ذلك (لِلاستمتاعِ) لأنّه وقتٌ ومن ثَمَّ لو كان عَمَلُه ليلاً انعَكسَ الحكمُ وقَيَّدَ جمعٌ ذلك بما إذا لم تكن بمنزلِ سيِّدِه لِتَمَكُّنِه منها كلَّ وقتٍ قال الأذرَعيُّ ومَحَلُّه إنْ كان يدخلُ عليها كلَّ وقتٍ وإلا كان يتخَدَّمُه جميعَ النّهارِ في نحوِ زَرْعِه فلا فرقَ.

(ويستخدِمُه نَهارًا إنْ تَكفَّلَ المهرَ والنّفقة) أي تَحَمَّلَهما وهو موسِرٌ أو أدّاهما ولو مُعْسِرًا (وإلا فيُخَلّيه لِكسبهما) لإحالَته حُقوقَ النّكاحِ على كسبه (وإن استخدَمَه) نَهارًا (بلا تكفُّلٍ) أو حَبَسَه بلا استخدامٍ (لَزِمَه الأقَلُّ من أُجرةِ مثلٍ) له مُدّةَ الاستخْدامِ أو الحبسِ أي من ابتدائِه إلى وقت المُطالَبةِ (وكلِّ المَهرِ) ولو مُؤَجَّلاً كذا قيلَ ويَرُدُّه ما مَرَّ أنّ الكَسبَ لا يُصْرَفُ إلا للحالِّ ولا يُدَّخَرُ منه شيءٌ لِحُلولِ المُؤَجَّلِ (والنّفقة) أي المُؤْنةِ مُدّةَ أحدِ ذَينك أيضًا فإنْ لم يكن مهرٌ أو كان وهو مُؤَجَّلٌ فيما يظهرُ لِما قرَّرْته فالأقَلُّ من الأُجْرةِ والنّفَقة كما هو ظاهرٌ وذلك لأنّ أُجْرَتَه إنْ زادتْ فالزِّيادةُ لِلسَّيِّدِ وإنْ

وقيلَ يَلْزَمُه المهرُ والنّفقةُ. ولو نَكَحَ فاسِدًا ووَطِئَ فَمَهْرُ مِثْلٍ في ذِمَّتِه، وفي قولٍ في رَقَبَتِهِ. وإذا زَوَّجَ أمَتَه استَخْدَمَها نهارًا وسَلَّمَها لِلزَّوْجِ لَيْلاً، ولا نَفَقَةَ على الزّوْجِ حينَئِذٍ في الأَصَحِّ،

نَقَصَتْ لم يلزمْه الإتمامُ وبه فارَقَ ما لو استخدَمَه أجنَبيٌّ فإنّه يلزمُه أُجرةُ المثلِ مُطْلَقًا ويُؤْخَذُ من ذلك أنّ استخدامَه بلا تكفُّلٍ وحَبْسَه بلا استخدام ولا تكفُّلٍ لا إثْمَ عليه فيه لأنّه لا ضَرَرَ على الزوجةِ منه بوجهٍ خلافًا لِما قد يُتَوَهَّمُ من قولِه إنْ تَكفَّلَ إلَخْ والحاصِلُ كما عُلِمَ مِمّا قرَّرْت به المتنَ أنّه في صورتَي السّفرِ والاستخْدامِ إنْ تَكفَّلَ بالمهرِ والنّفَقة لَزِماه وإنْ لم يتكفَّلْ أو تكفَّلَ بالأقَلِّ السّابِقِ لم يلزمْه إلا الأقَلُّ وأنّ الخيرةَ في ذلك إليه خرج بنَهارًا ما لو استخدَمَه ليلاً أو نَهارًا فلا يلزمُه في مُقابَلةِ اللّيْلِ شيءٌ ويَتعيَّنُ فرضُه فيمَنْ عَمَلُه نَهارًا و إلا كالأتونيِّ فاللّيْلُ في حَقِّه كالنّهارِ كما مَرَّ وفي استخْدامِ ليلٍ لا يُعَطِّلُ عليه شُغْله نَهارًا و إلا فيلزمُه هنا الأقَلُّ أيضًا فيما يظهرُ.

(وقيلَ يلزمُه المهرُ والنّفقة) مُطْلَقًا لأنّه رُبَّما كسب في ذلك اليومِ ما يَفي بالجميع ويُرَدُّ بأنّ الأصلَ خلافُ ذلك وعلى الوجهَين المُرادُ نفقةُ مُدّةِ نحوِ الاستخْدام كما مَرَّ وقيلَ مُدّةَ النّكاحِ، (ولو نكحَ فاسِدًا) لِعدمِ الإذْنِ أو لِفَقْدِ شرطٍ كمُخالَفة لِمأذونٍ (ووَطِئَ فمهرُ مثلٍ) يجبُ (في ذِمَّته) لِحُصولِه برضا مُستَحِقِّه نعم، لو أذِنَ له السّيِّدُ في الفاسِدِ بخُصوصِه تعلَّقَ بكسبه ومالِ تجارَته بخلافِ ما لو أطلقَ لانصِرافِه لِلصَّحيحِ فقط (وفي قولٍ في رَقَبَته) لأنّه إتلافٌ ومَحَلُّ الخلافِ في حُرّةٍ بالِغةٍ عاقِلةٍ رَشيدةٍ مُستَيْقِظةٍ سلَّمت نفسَها باختيارِها أو أمةٍ سلَّمَها سيِّدُها فإنْ فُقِدَ شرطٌ من ذلك تعلَّقَ برَقَبَته لأنّه جنايةٌ محضةٌ، (وإذا زَوَّجَ) السّيِّدُ (أمَتَه) غيرَ المُكاتَبةِ كِتابةً صحيحةً سواءٌ محرَمُه وغيرُها (استخدَمَها) بنفسِه أو نائِبُه أمّا هو فلأنّه يَحِلُّ له نَظَرُ ما عدا ما بين السُّرّةِ والرُّكْبةِ وأمّا نائِبُه لأجنَبيٍّ فلأنّه لا يلزَمُ من الاستخْدام نَظَرٌ ولا خَلْوةٌ (نَهارًا) أو آجَرَها إنْ شاءَ لِبَقاءِ ملكِه وهو لم ينقُلْ لِلزوجِ إلا منفعةَ الاستمتاعِ فقط (وسَلَّمَها لِلزوجِ ليلاً) أي وقتَ فراغِ الخِدْمةِ في عادةِ أهلِ ذلك المحَلِّ فالنّصُّ على الثُّلُثِ تقريبٌ باعتبارِ عادةِ بعضِ البِلادِ ويُعْتَبَرُ في قيامِه من آخِرِ اللّيْلِ العادةُ أيضًا كما هو ظاهرٌ فإنْ كانت حِرْفَتُه ليلاً لم يلزم السّيِّدَ تَسليمُها له نَهارًا إلا إنْ كانت حِرْفة السّيِّدِ التي يُريدُها منها ليلاً أيضًا كما بحثه الأذرَعيُّ وبحث أيضًا أنّه لو سلَّمَها له نَهارًا فامتنع أُجبِرَ إنْ كانت حِرْفَتُه ليلاً ولو كانت حِرْفَتُها ليلاً والسّيِّدُ لا يستخدِمُها إلا فيه وحِرْفة الزوجِ نَهارًا فهل يُجْبَرُ السّيِّدُ على تَسليمِها له ليلاً وإنْ ضاعَ حَقُّه أو لا وإنْ ضاعَ حَقُّ الزوجِ كلٌّ مُحْتَمَلٌ، وظاهرُ كلامِهم الأوّلُ وأنّه لو لم يُمْكِن استخْدامُها في شيءٍ وطلب الزوجُ تَسلُّمَها ليلاً ونَهارًا أُجبِرَ السّيِّدُ على ذلك وله وجهٌ أمّا المُكاتَبةُ كِتابةً صحيحةً فتُسَلَّمُ ليلاً ونَهارًا على ما قاله الماوَرْديُّ وإنّما يُتَّجه إنْ لم يُفَوِّتْ ذلك عليها تَحْصيلَ النُّجوم وإلا فلِلسَّيِّدِ مَنْعُها من النّهارِ، والمُبَعَّضةُ في نَوْبَتها كحُرّةٍ وفي نَوْبةِ السّيِّدِ كقِنّةٍ فإنْ لم تكن مُهاياةً فكقِنّةٍ على الأوجَه (ولا نفقةَ على الزوجِ حينئذٍ) أي حين إذْ سُلِّمت له تَسليمًا ناقِصًا كاللّيْلِ فقط (في الأصحِّ) لِعدمِ التمكينِ التّامِّ كما لو سلَّمت الحُرّةُ نفسَها ليلاً واشتَغَلَتْ عن الزوجِ نَهارًا أمّا المهرُ فيلزمُه تَسليمُه بذلك لأنّ

ولو أخلَى في دارِه بَيْتًا وقال لِلزَّوْجِ تَخلو بها فيه لم يَلْزَمه في الأَصَحِّ، ولِلسَّيِّدِ السَّفَرُ بها ولِلزَّوْجِ صُحْبَتُها.
والمذْهَبُ أنّ السَّيِّدَ لو قَتَلَها أو قَتَلَتْ نفسَها قبلَ دُخولٍ سَقَطَ مَهْرُها، وأنّ الحُرّةَ لو قَتَلَتْ نفسَها، أو قَتَلَ الأمةَ أجْنبيٌّ أو ماتَتْ فلا، كما لو هَلَكَتا بعد دُخولٍ.
ولو باعَ مُزَوَّجةً فالمهرُ للبائعِ فإنْ طَلُقَتْ قبلَ دُخولٍ فَنِصْفُه له. ولو زَوَّجَ أَمَتَه بعبدِه .....

سببَه الوطءُ وقد وجَدوا ما لو سُلِّمت له ليلاً ونَهارًا فتَلْزَمُه النَّفَقةُ لِتمامِ التمكينِ حينئذٍ، (ولو أخلى) السَّيِّدُ (في دارِه) أو جِوارِه على الأوجَه (بيتًا وقال لِلزوجِ تخلو بها فيه لم يلزمْه) ذلك (في الأصحّ) لأنّ الحياءَ والمُروءةَ يمنعانِه ومع ذلك لا نفقةَ عليه وكانَ تخصيصُ ذلك لأجلِ الخلافِ وإلا فظاهرُ كلامِهم أنّه لو عَيَّنَ له بيتًا له ولو بَعيدًا عنه لا تَلْزَمُه إجابَتُه لِما فيه من المِنّةِ، (ولِلسَّيِّدِ السَّفَرُ بها) إنْ لم يخلُ بها ولم يَتعلَّقْ بها نحوُ رَهْنٍ أو إجارةٍ تقديمًا لِحَقِّه الأقوى على حَقِّ الزوجِ ومن ثَمَّ امتنع عليه السَّفَرُ بها إلا بإذْنِ السَّيِّدِ فإنْ تعلَّقَ بها ذلك اشتُرِطَ إذْنُ مَنْ له الحقُّ (وللزوجِ) تركُها و (صُحْبَتُها) ليستمتعَ بها وقتَ فراغِها ولا نفقةَ عليه لِعدمِ التمكينِ التّامّ وإيهامُ كلام شارحٍ وجوبَها يُحمَلُ على ما إذا سُلِّمت له تَسليمًا تامًّا واختارَ السَّفرَ مع سيِّدِها وله استزْدادُ مهرٍ سلَّمَه قبلَ وطْءٍ لا تَبرُّعًا على الأوجَه.

(والمذهبُ أنّ السَّيِّدَ لو قتَلها أو قتلتْ نفسَها قبلَ دخولٍ سقَطَ مهرُها) الواجبُ له لِتفويته مَحلَّه قبلَ تَسليمِه وأُلحِقَ به تفويتُها له وتفويتُه بغيرِ قتلِها كذلك كإرضاعِ السَّيِّدةِ لأمَتِها المُزَوَّجةِ بوَلَدِها أي القِنِّ إذِ الحُرُّ لا يتزَوَّجُ القِنّةَ الطِّفْلةَ مُطْلَقًا وكقتلِ سيِّدٍ زوجَ أمَتِه أي أو قتلِ الأمةِ لِزوجِها كما هو ظاهرٌ، (وأنّ الحُرّةَ لو قتلتْ نفسَها أو قتل الأمةَ أجنبيٌّ) كالزوجِ (أو ماتتْ فلا) يسقُطُ المهرُ قبلَ الدُّخولِ لأنّ الحُرّةَ كالمسلمةِ لِلزوجِ بنفسِ العقدِ ومن ثَمَّ جازَ له السَّفرُ بها ومَنْعُها منه ولأنّ الفُرْقةَ في الأخيرَتَين لم تَحصُلْ من جِهةِ الزوجةِ ولا من مُستَحِقِّ المهرِ وخرج بقتلِ الحُرّةِ نفسَها قتلُ الزوجِ أو غيرِه لها ولم يكن مالِكًا للمهرِ فلا يسقُطُ قطعًا (كما لو هَلَكتا بعدَ دخولٍ) فإنّه لا يسقُطُ قطعًا لاستقرارِه بالدُّخولِ.

(ولو باعَ مُزَوّجةً) تَزَوُّجًا صحيحًا وهي غيرُ مُفَوَّضةٍ أو أعتقَها قبلَ دخولٍ أو بعدَه (فالمهرُ) أي المُسَمَّى إنْ صَحَّ وإلا فمهرُ المثلِ (للبائعِ) أو المُعتقِ لِوجوبه بالعقدِ الواقعِ في ملكِه نعم، لا يحبِسُها لِخُروجِها عن ملكِه ولا المشتري ولا تَحبِسُ العتيقة نفسَها لأنّ كلًّا منهما غيرُ مُستَحِقٍّ للمهرِ أمّا المُزَوَّجةُ تزويجًا فاسِدًا أو المُفَوَّضةُ فليس الاعتبارُ فيهما بالعقدِ لأنه غيرُ موجِبٍ لِشيءٍ بل بالوطءِ فيهما والفرضُ أو الموتُ في المُفَوَّضةِ فمَنْ وقَعَ أحدُهما في ملكِه فهو المُستَحِقُّ للمهرِ (فإنْ طَلُقت) بعدَ البيعِ أو العتقِ.

و(قبلَ دخولٍ فنصفُه له) لِما مَرَّ، (ولو زَوَّجَ أمَتَه بعبدِه) لُغةٌ صحيحةٌ لِتَميمٍ خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه وإلا

لم يَجِبْ مَهْرٌ.

فصَحَّ «عبدَه» ومَحَلُّه في غيرِ مُكاتَبه (لم يجبْ مهرٌ) لأنّ السّيِّدَ لا يَثبُتُ له على عبدِه دَيْنٌ بإتلافٍ ولا غيرِه فلا يُطالِبُه به بعدَ عتقِه وقيلَ وجَبَ ثمّ سقَطَ نعم، تُسَنُّ تَسميَتُه على ما في الروضةِ واعتُرِضَ بأنّ الأكثرين على عدمِ نَدْبِها فلو زَوَّجَه بها تفويضًا ثمّ وطِئَها بعدَ العتقِ لم يجبْ له عليه شيءٌ على الأوّلِ. أمّا مُكاتَبُه كِتابةً صحيحةً فيجبُ له عليه لأنّه معه كأجنَبيٍّ وأمّا المُبَعَّضُ فيلزمُه بقدرِ حُرِّيَّته كما بحثه الأذرَعيُّ.



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الصّداقِ

يُسَنُّ تَسْمِيَتُه في العقْدِ، ويَجوزُ إخْلاؤُه منهُ. وَما صَحَّ مَبيعًا صَحَّ صَداقًا.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ الصّداقِ

هو بفتحِ الصّادِ ويَجوزُ كسرُها وجمعُه قِلّةً أصدِقة وكثرةً صُدُقٌ ويُقالُ صَدَقة بفتح فتثليثٍ وبِضَمٍّ أو فتْحٍ فسُكونٍ وبِضَمِّهِما وجمعُه صَدُقاتٌ ما وجَبَ بعقدِ نِكاحٍ ويأتي أنّ الفرضَ في التّفويضِ وإنْ كان الوجوبُ به مُبْتَدَأً العقدِ هو الأصلُ فيه أو وطْءٍ أو تفويتِ بُضْعٍ قهرًا كرَضاعٍ وهذا على خلافِ الغالِبِ أنّ المعنى الشرعيَّ أخصُّ من اللُّغويِّ إذْ هو مُشْتَقٌّ من الصِّدْقِ لإشعارِه بصِدْقِ رَغْبةِ باذِلِه في النّكاحِ الذي هو الأصلُ في إيجابه ويُرادِفُه المهرُ على الأصحِّ والأصلُ فيه الكِتابُ والسُّنّةُ والإجماعُ.

(يُسَنُّ) ولو في تزويجِ أمَتِه بعبدِه على ما مَرَّ (تسميَتُه في العقدِ) لِلاتِّباعِ وأنْ لا ينقُصَ عن عَشَرةِ دَراهِمَ خالِصةً لأنّ أبا حَنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لا يُجوِّزُ عندَ التّسميةِ أقَلَّ منها وتركُ المُغالاةِ فيه وأنْ لا يَزيدَ على خمسِمِائةِ دِرْهَمٍ فِضّةً خالِصةً أصدِقة بَناته ﷺ وأزْواجه ما عدا أُمَّ حَبيبةَ فإنّ المُصدِّقَ لها عنه ﷺ هو النّجاشيُّ أصحَمةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إكْرامًا له ﷺ أربَعَمِائةِ مِثقالٍ ذَهَبًا وأنْ يكون من الفِضّةِ لِلاتِّباعِ وصَحَّ عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في خُطْبَته لا تُغالوا بصُدُقِ النّساءِ فإنّها لو كانت مَكْرُمةً في الدُّنْيا أو تقوى عندَ اللّه كان أولى بها رَسولُ اللّه ﷺ (ويَجوزُ إخلاؤُه منه) أي من تَسميَته إجماعًا لَكِنّه يُكْرَه نعم، إنْ كان محجورًا ورَضيَتْ رَشيدةً بدونِ مهرِ مثلٍ وجَبَتْ تَسميَتُه أو كانت محجورةً أو مملوكةً لِمحجورٍ أو رَشيدةً أو وليًّا فأذِنا وأطلقا ورَضيَ الزوجُ بأكثرَ من مهرِ المثلِ وجَبَتْ تَسميَتُه.

(وما صَحَّ مَبيعًا) يعني ثمنًا إذْ هو المُشبَّه به الصّداقُ بأنْ وُجِدَتْ فيه شُروطُه السّابِقة (صَحَّ صَداقًا) فتَلْغو تَسميةُ غيرِ مُتَموِّلٍ وما لا يُقابَلُ بمُتَموِّلٍ كنَواةٍ وتركِ شُفْعةٍ وحَدِّ قذفٍ بل وتَسميةُ أقَلِّ مُتَموِّلٍ في مُبَعَّضةٍ ومشترَكةٍ إذْ لا بُدَّ فيهما من تَسميةِ ما يُمكِنُ قِسمَتُه بين المُستَحِقّين بأنْ يحصُلَ لِكلٍّ أقَلُّ مُتَموِّلٍ ذكرَه البُلْقينيُّ وتَبِعَه الزّركشيُّ وزاد أنّ كلامَ الخِصالِ يُشيرُ إليه حيثُ اشترطَ في الصّداقِ أنْ يكون له نصفٌ صحيحٌ أي مُتَموَّلٌ أي في هاتَين الصّورَتَين لا مُطْلَقًا وتوجيه إطلاقِه بأنّه يحتَمِلُ تَشْطيرَه بفِراقٍ قبلَ وطْءٍ فاشترطَ إمكان تنصيفِه لِذلك يُرَدُّ بأنّ هذا أمرٌ غيرُ مُتيَقَّنٍ فلا تَحْسُنُ مُراعاتُه ومن ثَمَّ استبعده الزّركشيُّ وأنّ وجهَه بما فيه خَفاءٌ وتَسميةُ جوْهَرةٍ في الذِّمّةِ لِما مَرَّ من امتناعِ السّلَمِ فيها بخلافِ المُعَيَّنةِ لِصِحّةِ بيعِها ودَيْنٍ على غيرِها بناءً على ما مَرَّ في المتنِ فعلى مُقابَلةِ الأصحِّ يَجوزُ بشُروطِه السّابِقة ولو عَقَدَ بنَقْدٍ ثمّ تَغَيَّرَت المُعامَلةُ وجَبَ هنا وفي البيعِ وغيرِه كما مَرَّ ما وقَعَ العقدُ به

وإذا أصْدَقَها عَيْنًا فَتَلِفَتْ في يَدِه ضَمنها ضَمانَ عَقْدٍ، وفي قولٍ ضَمانَ يَدٍ، فَعلى الأوَّلِ ليس لَها بَيْعُه قبلَ قَبْضِه، ولو تَلِفَ في يَدِه وجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ. وإنْ أتْلَفَتْه فَقابِضةٌ، وإنْ أتْلَفه أجْنَبيٌّ تَخَيَّرَتْ على المذْهَبِ، فإنْ فَسَخَت الصّداقَ أخَذَتْ مِن الزَّوْجِ مَهْرَ مِثْلٍ وإلّا غَرَّمَت المُتْلِفَ، وإنْ أتْلَفه الزَّوْجُ، فَكَتَلَفِه وقيلَ كأجْنَبيٍّ، ولو أصْدَقَ عبدَيْنِ فَتَلِفَ أحَدُهما قبلَ قَبْضِه انْفَسَخَ فيه لا في الباقي على المذْهَبِ ولها الخيارُ، فإنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ، وإلّا فَحِصّةُ التّالِفِ منهُ.

زاد سِعْرُه أو نَقَصَ أو عَزَّ وجودُه فإنْ فُقِدَ وله مثلٌ وجَبَ وإلا فقيمَتُه ببَلَدِ العقدِ وقتَ المُطالَبةِ نعم، يَمْتَنِعُ جَعْلُ رَقَبةِ العبدِ صَداقًا لِزوجَته الحُرّةِ بل يَبْطُلُ النّكاحُ لِما بينهما من التّضادّ كما مَرَّ وأحدِ أبوَي الصّغيرةِ صَداقًا لها وجَعْلُ الأبِ أُمَّ ابنِه صَداقًا لابنِه ولا تُرَدُّ هذه الأربعةُ عليه لأنّه يصحُّ إصداقُها في الجُمْلةِ والمنعُ هنا العارضُ هو أنّه يلزمُ من ثُبوت الصّداقِ رَفْعُه نعم، يَرِدُ على عكسِه صحّةُ إصداقِها ما لَزِمَها أو قِنّها من قوَدٍ مع عدمِ صحّةِ بيعِه، (وإذا أصدَقَ عَينًا فتَلِفت في يَدِه ضَمِنَها ضمانَ عقدٍ) لأنّها مملوكةٌ بعقدِ مُعاوَضةٍ كالمبيعِ بيَدِ بائِعِه فيضمنُها بمهرِ المثلِ كما يأتي إذْ ضمانُ العقدِ هو. وجوبُ المُقابِلِ الذي وقَعَ العقدُ عليه.

(وفي قولِ ضمانُ يَدٍ) كالمُستامِ لِبَقاءِ النّكاحِ فيضمنُ المثليَّ بمثلِه والمُتَقَوَّمَ بقيمَته ومن ثَمَّ لو تعذَّرا كقِنٍّ أو ثَوْبٍ غيرِ موصوفٍ وجَبَ مهرُ المثلِ قطعًا (فعلى الأوّلِ ليس لها بيعُه) أي المُعَيَّنِ ولا التّصَرُّفُ فيه (قبلَ قبضِه) ويَجوزُ التّقايُلُ فيه ولها الاعتياضُ عَمّا في الذّمّةِ كالثمَنِ نعم، تعليمُ الصّنعةِ لا يُعْتاضُ عنه كالمُسلَم فيه كذا نَقَلاه عن المُتَوَلّي وسَكتا عليه واعترَضا بأنّ الأوجَهَ خلافُه كما لو كان ثمنًا (فلو تَلِفَ) على الأوّلِ كما أفادَه التّفريعُ (في يَدِه) بآفة قُدِّرَ ملكُه له قُبَيْلَ التّلَفِ نظيرَ ما مَرَّ في المبيعِ قبلَ قبضِه فيلزمُه مُؤْنةُ نَقْلِه وتجهيزِه.

و(وجَبَ مهرُ مثلٍ) وإنْ طالَبَتْه بالتّسليم فامتنع لِبَقاءِ النّكاحِ والبُضْعُ كالتّالِفِ فيرجِعُ لِبَدَلِه وهو مهرُ المثلِ كما لو رَدَّ المبيعَ والثّمَنُ تالِفٌ يجبُ بَدَلُه (وإنْ أتْلَفته) الزوجةُ وهي رَشيدةٌ لِغيرِ نحوِ صيالٍ (فقابِضةٌ) لِحقِّها عليهما ويَبْرَأُ الزوجُ منه نظيرُ ما مَرَّ في المبيعِ (وإنْ أتلَفَه أجنبيٌّ) أهلٌ لِلضّمانِ (تَخَيَّرَتْ على المذهبِ) بين فسخِ الصّداقِ وإبقائِه كنظيرِه ثمّ (فإنْ فَسَخَت الصّداقَ أخَذَتْ من الزوجِ مهرَ مثلٍ) على الأوّلِ وهو يرجعُ على المُتْلِفِ (وإلا) تفسَخْه (غَرِمت المُتْلِفَ) مثله في المثليِّ وقيمَته في المُتَقَوَّمِ ولا مُطالَبةَ لها على الزوجِ (وإنْ أتْلَفَه الزوجُ فكتَلَفِه) بآفة بناءً على الأصحِّ أنّ إتلافَ البائِعِ كذلك فينفَسِخُ الصّداقُ وترجِعُ هي عليه بمهرِ المثلِ (وقيلَ كأجنبيٍّ) فتتَخَيَّرُ، (ولو أصدَقَ عبدَين) مثلًا (فتَلِفَ أحدُهما) بآفة أو إتلافِ الزوجِ (قبلَ قبضِه انفَسَخَ) عقدُ الصّداقِ (فيه لا في الباقي على المذهبِ) تفريقًا لِلصَّفْقة في الدّوامِ (ولها الخيارُ) فيه لِتَلَفِ بعضِ المعقودِ عليه (فإنْ فسَخَتْ فمهرُ مثلٍ) على الأوّلِ (وإلا) تفسَخْه (فـ) لها (حِصّةُ) أي قِسطُ قيمةِ (التّالِفِ منه) أي مهرِ المثلِ فلو كانت قيمَتُه ثُلُثَ قيمةِ

ولو تَعَيَّبَ قبلَ قَبْضِه تَخَيَّرَتْ على المذْهَبِ، فإنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ وإلّا فلا شَيْءَ لَها والمنافِعُ الفائِتَةُ في يَدِ الزّوْجِ لا يَضْمَنُها، وإنْ طَلَبَت التّسْليمَ فامتَنَعَ ضَمِن ضَمانَ العقْدِ، وكذا التي استَوْفاها برُكوبٍ ونَحْوِه على المذْهَبِ. ولها حَبْسُ نفسِها لِتَقْبِضَ المهْرَ المُعَيَّنَ والحال لا المُؤَجَّلَ، فلو حَلَّ قبلَ التّسْليم فلا حَبْسَ في الأصَحِّ. ولو قال كُلٌّ لا أُسَلِّمُ حتّى تُسَلِّمَ فَفي قولٍ يُجْبَرُ هو وفي قولٍ لا إجْبارَ، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ صاحِبُه، والأظْهَرُ يُجبَرانِ فَيُؤْمَرُ بوَضْعِه عندَ عَدْلٍ، وتُؤْمَرُ بالتّمكينِ فإذا سَلَّمَتْ ....

مجموعِ قيمَتِهِما فلها ثُلُثُ المثلِ وإنْ أتْلَفته فقابِضةٌ لِقِسطِه من الصّداقِ أو أجنَبيٌّ تَخَيَّرَتْ كما مَرَّ، (ولو تعيَّبَ قبلَ قبضِه) بغيرِ فعلِها كعَمَى القِنِّ (تَخَيَّرَتْ على المذهبِ فإنْ فسَخَتْ) عقدَ الصّداقِ (فمهرُ مثلٍ) يلزمُ الزوجَ لها على الأوّلِ وهو يرجعُ على الأجنَبيِّ المعيبِ بموجَبِ جنايَته (وإلا) تفسَخْ (فلا شيءَ لها) غيرَ المعيبِ كمشترٍ رَضيَ بالمعيبِ نعم، إنْ كان المعيبُ أجنَبيًّا فلها عليه الأرشُ والزّوائِدُ في يَدِ الزوجِ أمانةٌ فلا يضمنُها إلا إن امتنع عن التّسليم، (والمنافعُ الفائِتَةُ في يَدِ الزوجِ لا يضمنُها وإنْ طلبت التّسليمَ فامتنع على ضمانِ العقدِ) كما لو اتَّفَقَ ذلك من البائِعِ ونازع فيه جمعٌ كقولِه (وكذا) لا يضمنُ المنافِعَ (التي استوفاها برُكوبٍ ونحوِه على المذهبِ) بناءً على الأصحِّ أنّ جنايته كالآفة ويُجابُ بأنّ ملكها ضعيفٌ لِتَطَرُّقِه لِلانفِساخِ بالتّلَفِ فلم يقوَ على إيجابِ شيءٍ على مَنْ هو في قوّةِ المالِكِ لِتَرَقُّبِ عَوْدِه إليه قهرًا عليهما، (ولها) أي المالِكةِ لأمْرِها التي لم يُدْخَلْ بها (حَبْسُ نفسِها) للفرضِ والقبضِ إنْ كانت مُفَوَّضةً كما سيذكرُه وإلا فلها الحبسُ (لِتقبِضَ المهرَ) الذي مَلَكتْه بالنّكاحِ (المُعَيَّنِ و) الدّيْنَ (الحال) سواءٌ أكان بعضَه أم كلَّه إجماعًا دَفْعًا لِضَرَرِ فوات بُضْعِها بالتّسليم وخرج بمَلَكتْه بالنّكاحِ ما لو زَوَّجَ أُمَّ ولَدِه فعتَقت بموته أو أعتَقَها أو باعَها وصَحَّحْناه في بعضِ الصّوَرِ الآتيةِ لأنّه ملكٌ للوارِثِ أو المُعتِقِ أو البائِعِ لا لها وما لو زَوَّجَ أمةً ثمّ أعتقَها وأوصَى لها بمهرِها لأنّها مَلَكتْه لا عن جِهةِ النّكاحِ ويحبِسُ الأمةَ سيِّدُها المالِكُ للمهرِ أو وليُّه والمحجورةَ وليُّها ما لم يَرَ المصْلَحةَ في التّسليمِ ونَظَرَ فيه الزّركشيُّ بأنّ قياسَ البيعِ خلافُه ويُرَدُّ بأنّه لا مَصْلَحةَ تَظْهَرُ ثَمّ غالِبًا بخلافِه هنا والأذرَعيُّ إذا خَشيَ فواتَ البُضعِ لِنحوِ فلَسٍ ويُرَدُّ بأنّه لا مَصْلَحةَ حينئذٍ تَظْهَرُ نعم، بحثه أنّ لِوَليِّ السّفيهةِ مَنْعَها من تَسليمِ نفسِها حيثُ لا مَصْلَحةَ مُتَّجِهٌ وتَرَدَّدَ في مُكاتَبةٍ كِتابةً صحيحةً والذي يُتَّجه أنّ لِسيِّدِها مَنْعَها كسائِرِ تبرُّعاتها (لا المُؤَجَّلِ) لِرِضاها بذِمَّته (ولو حَلَّ) الأجَلُ (قبلَ التّسليم فلا حَبْسَ) لها (في الأصحِّ) لِوجوبِ التّسليمِ عليها قبلَ القبضِ لِرِضاها بذِمَّته فلا يرتَفِعُ بالحُلولِ ونازع فيه الإسنَويُّ بما رَدَّه الأذرَعيُّ وغيرُه. (ولو قال كلٌّ لا أُسَلِّمُ حتى تُسَلِّمَ ففي قولٍ يُجْبَرُ هو) لإمكانِ استِرْدادِ الصّداقِ دون البُضعِ ومن ثَمَّ لم يأت القولُ هنا بإجبارِها وحدَها لِفَواتِ البُضعِ عليها هنا دون المبيعِ ثَمّ (وفي قولٍ لا إجبارَ فمَنْ سلَّمَ أُجبِرَ صاحِبُه) لأنّ كلًّا وجَبَ له حَقٌّ وعليه حَقٌّ فلم يُجْبَرْ بإيفاءِ ما عليه دون ما له (والأظهرُ أنّهما يُجبَرانِ فيُؤمَرُ بوَضعِه عندَ عَدْلٍ وتُؤمَرُ) هي (بالتمكينِ فإذا سلَّمت) وإنْ لم يَطَأْها من

أَعْطاها العدْلُ المهْرَ. ولو بادَرَتْ فَمَكَّنَتْ طالَبَتْه، فإنْ لم يَطأْ امتَنَعَتْ حتّى يُسلِّمَ، وإنْ وطِئَ فلا. ولو بادَرَ فَسَلَّمَ فَلْتُمَكِّنْ، فإن امتَنَعَتْ بلا عُذْرٍ استَرَدَّ إنْ قُلْنا إنّه يُجْبَرُ. ولو استُمهِلَتْ لِتَنَظُّفٍ ونَحْوِه أُمهِلَتْ ما يَراه قاضٍ، ولا يُجاوِزُ ثَلاثةَ أيّامٍ لا لِيَنْقَطِعَ حَيْضٌ. . .

غيرِ امتناعٍ منها (**أعطاها العدْلُ**) فإن امتنعت استَرَدَّ منها لأنّ ذلك هو العدْلُ بينهما وليس العدْلُ نائِبَها وإلا كان هو مُجْبَرٌ وحدَه ولا نائِبَه وإلا كانت هي المُجْبَرةُ وحدَها بل نائِبُ الشرعِ لِقَطْعِ الخُصومةِ بينهما وقيلَ نائِبُهما لِقولِهم لو أخذَ الحاكِمُ الدَّيْنَ من المُمْتَنِعِ مَلَكه الغريمُ وتبرأُ ذِمّةُ المأخوذِ منه ويُرَدُّ بأنّ هذه لا شاهِدَ فيها لاستقرارِ الملكِ فيها بقبضِ الحاكِمِ ولا كذلك هنا إذْ لو امتنعتْ من التمكينِ بعدَ قبضِ العدْلِ أو الحاكِمِ استَرَدَّه الزوجُ وقيلَ نائِبُها واختاره البُلْقينيُّ كابنِ الرِّفعةِ لَكِنّه ممنوعٌ من التّسليمِ إليها وهي ممنوعةٌ من التّصرُّفِ فيه قبلَ التمكينِ ووَجَّهَه البُلْقينيُّ بتصريحِ أبي الطَّيِّبِ بأنّه لو تَلِفَ في يَدِه كان من ضمانِها وفيه نَظَرٌ والذي يُتَّجه خلافُه وأنّه من ضمانِه نظيرُ ما مَرَّ في عَدْلِ الرّهْنِ وليس هذا كالمُمْتَنِعِ المذكورِ كما هو ظاهرٌ مِمّا مَرَّ. (**ولو بادَرَتْ فمَكَّنَتْ طالَبَتْه**) على كلِّ قولٍ لِبَذْلِها ما في وُسعِها (**فإنْ لم يَطأْ**) ها (**امتنعتْ حتى يُسَلِّمَها**) المهرَ لأنّ القبضَ هنا إنّما هو بالوطءِ (**وإنْ وطِئَ**) ها مختارةً (**فلا**) تمتَنِعُ لِسُقوطِ حَقِّها بوَطْئِه باختيارِها ومن ثَمَّ لو أكرَهَها أو كانت غيرَ مُكلَّفةٍ حالَ الوطءِ ثمّ كمُلَتْ بعدَه ولم يكن الوليُّ سلَّمَها لِمَصْلَحَتها كان لها الامتناعُ ويُؤْخَذُ منه أنّها لو لم تُمَكِّنْه إلا لِظَنِّها سلامةَ ما قبضتْه فخرج مَعيبًا من غيرِ تقصيرٍ منها في قبضِه كان لها الامتناعُ وبحث الأذرعيُّ أنّ تمكين نحوِ الرَّتْقاءِ من الاستمتاعِ كتمكينِ السّليمةِ من الوطءِ فلها الامتناعُ قبله لا بعدَه. (**ولو بادَرَ فسلَّمَ فلْتُمَكِّنْ**) ه وجوبًا إذا طلب لأنّه فعلَ ما عليه (**فإنْ مَنَعَتْه**) ولو (**بلا عُذْرٍ استَرَدَّ إنْ قُلْنا إنّه يُجبَرُ**) والأصحُّ لا فيكونُ مُتبَرِّعًا بالتّسليم فلا يستَرِدُّ قيلَ أهمَلَ مَحَلَّ التّسليم وهو منزلُ الزوجِ ويُرَدُّ بأنّ هذا معلومٌ من كلامِه في النّفَقات على أنّ قوله وهو إلى آخِرِه للأغلَبِ إذْ لو رَضِيَ بمَحَلِّها أو مَحَلِّ نحوِ أبيها كان كذلك والكلامُ هنا فيمَنْ عَقَدَ عليها وهي ببَلَدِ العقدِ كالزوجِ فمُؤْنةُ وُصولِها للمنزلِ الذي يُريدُه الزوجُ من تلك البلَدِ عليها، (**ولو استمهَلَتْ**) هي أو وليُّها (**لِتنظيفٍ ونحوِه**) كإزالةِ وَسَخٍ (**أُمهِلَتْ**) وجوبًا وإنْ قبضت المهرَ للخبرِ المُتَّفَقِ عليه «**لا تَطْرُقوا النساءَ ليلاً حتى تمتَشِطَ الشَّعِثةُ وتَستَحِدَّ المُغيبةُ**»[1] قال المُتوَلّي فإذا مُنِعَ الزوجُ الغائِبُ أنْ يَطْرُقَها مُفاجأةً فهنا أولى وفيه نَظَرٌ لأنّ الغائِبَ يُنْدَبُ له ذلك من غيرِ طَلَبِها فلا يُقاسُ به هذا وكان وجه الفرقِ بين نَدْبِ ذاك مُطْلَقًا ووجوبه هنا إذا طُلِبَتْ أنّ النّفْسَ تنفِرُ من مُفاجأتها ما تكرَهُه أوّلَ الأمرِ ما لا تنفِرُ منه بعدَ معرفَته (**ما**) أي زَمَنًا (**يَراه قاضٍ**) من نحوِ يوم أو يومَين (**ولا يُجاوِزُ ثلاثةَ أيّامٍ**) لأنّ غَرَضَ نحوِ التنظيفِ ينتَهي غالبًا (**لا**) لِجهازٍ وسِمَنٍ وكذا تَزَيُّنٌ كما هو ظاهرٌ ولا (**لينقطعَ حيضٌ**) ونفاسٌ لإمكانِ التّمَتُّعِ بها في الجُملةِ مع

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٤٩٤٧]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ٧١٥]، وغيرهما من حديث: جابر بن عبد الله رضي الله عنه به نحوه.

وَلا تُسَلَّمُ صَغيرةٌ ولا مَريضةٌ حتّى يَزولَ مانِعُ وطْءٍ. وَيَسْتَقِرُّ المهْرُ بوَطْءٍ، وإنْ حَرُمَ كَحائِضٍ. وَبِمَوْتِ أحَدِهما لا بخَلْوةٍ في الجديدِ.

طولِ زَمَنِهما ومن ثَمَّ لو لم يَبْقَ منه إلا دون ثلاثٍ أمهَلَتْه على ما في التّتمّةِ ولو خَشيَتْ أنّه يَطَؤُها سلَّمت نفسَها وعليها الامتناعُ فإنْ علمتْ أنّ امتناعَها لا يُفيدُ وقَضَت القرائِنُ بالقطعِ بأنّه يَطؤُها لم يَبْعُدْ أنّ لها بل عليها الامتناعَ حينئذٍ. (ولا تُسلَّمُ صَغيرةٌ) لا تحتَمِلُ الجِماعَ ولو لِثِقة قال لا أقرَبُها (ولا مَريضةٌ) وهَزيلةٌ بهُزالٍ عارِضٍ لا يُطيقانِ الوطءَ أي يُكرَه للوَليّ والأخيرَتَين ذلك (حتى يَزولَ مانِعُ وطْءٍ) إذِ المدارُ هنا على العُرْفِ ولم يُتعارَفْ تَسليمُ هَؤُلاءِ مع أنّ فرطَ الشّهْوةِ قد يحمِلُه على الوطءِ المُضِرِّ ويحرُمُ وطْؤُها ما دامت لم تحتَمِلْه ويرجِعُ فيه لِشَهادةِ نحوِ أربَعِ نِسوةٍ نعم، لو طلب ثِقة تَسليمَ مَريضةٍ ففيه وجهانِ. رجح ابنُ المُقْري الوجوبَ والزّركشيُّ عدمَه ولو قيلَ إنْ دَلَّتْ قرينةُ حالِه على قوّةِ شَبَقِه لم يجبْ وإلا وجَبَ لم يَبْعُدْ وتُسَلَّمُ له نَحيفة لا بمَرَضٍ عارِضٍ وإنْ لم تحتَمِلِ الجِماعَ إذْ لا غايةَ تُنْتَظَرُ وتُمَكِّنُه مِمّا عدا وطْءٍ لا منه إنْ خَشيَتْ إفضاءَها وله الامتناعُ من تَسلُّمِ صَغيرةٍ لا مَريضةٍ.

(فرع): العبرةُ فيما إذا غابَت الزوجةُ عن مَحَلِّ العقدِ بمَحلِّه فلو تَزَوَّجَ امرَأةً في الكوفة ببَغْدادَ لَزِمَها المُؤْنةُ لِنفسِها وطَريقِها ونحوُ محرَمٍ معها من الكوفة إلى بَغْدادَ لا إلى الموصلِ لو خرج إليه كذا أطلقوه وإنّما يُتّجه اعتبارُ مَحَلِّ العقدِ إنْ كانَ الزوجُ به أمّا لو عَقَدَ له وكيلُه ببَلَدٍ ليس هو بها فالعبرةُ ببَلَدِ الزوجِ فيما يظهرُ لأنه المُتَسَلِّمُ لا العقدُ لأنّها لم تُخاطَبْ بالإتيانِ إليه أصلاً وإنّما خوطِبَتْ بالإتيانِ لِلزوجِ ابتداءً فاعتُبِرَ مَحَلُّه حالةَ العقدِ دون مَحَلِّ وكيلِه وظاهرُ كلامِهم أنّه لا فرقَ في اعتبارِ مَحَلِّ العقدِ بين علمِها ببَلَدِ الزوجِ وعدمِه ولو فصَّلَ لأنّها في حالةِ العلمِ موَطِّنةٌ نفسَها على الذّهابِ إليه بخلافِها مع عدمِه لم يَبْعُدْ وقياسُ ما مَرَّ أنّ بَلَدَ العقدِ لو لم يصلحْ لِلتّسليمِ اعتُبِرَ أقرَبُ مَحَلٍّ صالِحٍ إليهِ. (ويستقِرُّ المهرُ بوطْءٍ) وإنّما يحصُلُ بتَغْييبِ الحشَفة أو قدرِها من فاقِدِها وإنْ لم تَزُل البكارةُ كما اقتضاه إطلاقُهم وفارَقَ ما مَرَّ في التحْليلِ من عدمِ الفرقِ بين العوراءِ وغيرِها بأنّ القصْدَ به التنفيرُ عن إيقاعِ الثلاثِ فإذا انضَمَّ إليه هذا كان أشَدَّ في التنفيرِ (وإنْ حَرُمَ كوطْءٍ) دُبُرٍ أو نحوِ (حائِضٍ) كما دَلَّت النُّصوصُ القُرآنيّةُ لا باستمتاعٍ وإدْخالِ ماءٍ وإزالةِ بَكارةٍ بغيرِ ذكرٍ والمُرادُ باستقرارِه الأمنُ من سُقوطِ كلِّه أو بعضِه بنحوِ طلاقٍ أو فسخٍ (وبموت أحدِهما) في نِكاحٍ صحيحٍ لا فاسِدٍ قبلَ وطْءٍ لإجماعِ الصّحابةِ ولِبَقاءِ آثارِ النّكاحِ بعدَه من التّوارُثِ وغيرِه وقد لا يستَقِرُّ بالموتِ كما مَرَّ فيما لو قتلتْ أمةٌ نفسَها أو قتَلها سيِّدُها وقد يسقُطُ بعدَ استقرارِه كما لو اشترتْ حُرّةٌ زوجَها بعدَ وطْءٍ وقبلَ قبضِها لِلصَّداقِ لأنّ السّيِّدَ لا يَثْبُتُ له على قِنِّه مالٌ كذا زعمَه شارحٌ وهو وجهٌ والأصحُّ أنّه لا يسقُطُ فإنْ قبضتْه فازَتْ به وإلا رجعتْ عليه به بعدَ عتقِه ولا نَظَرَ لِكونِها مَلَكَتْه لأنّ المُمْتَنِعَ ابتداءُ إيجابٍ لِلسَّيِّدِ على قِنِّه لا دَوامُه لأنّه أقوى وقد لا يجبُ بالكلّيّةِ كأنْ أعتَقَ مَريضٌ أمةً لا يملِكُ غيرَها وتَزَوَّجها وأجازَ الورثةُ عتقَها فإنّه يستَقِرُّ النّكاحُ ولا مهرَ لِلدّورِ إذْ لو وجَبَ رِقُّ بعضِها فبَطَلَ نِكاحُها فبطَلَ المهرُ (لا بخَلْوةٍ في الجديدِ) لِمفهومِ قوله تعالى ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ

فَصْلٌ

نَكَحَها بخمرٍ أو حُرٍّ أو مَغْصوبٍ وجَبَ مَهْرُ المِثْلِ، وفي قولٍ قيمَتُه أو بمَملوكٍ ومَغْصوبٍ بَطَلَ فيه، وصَحَّ في المملوكِ في الأظْهَرِ وتَتَخيَّرُ، فإنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ، وفي قولٍ قيمَتُهما، وإنْ أجازَتْ فَلَها مع المملوكِ حِصّةُ المغْصوبِ من مَهْرِ مِثْلٍ بحَسَبِ قيمَتِهما، وفي قولٍ تَقْنَعُ بهِ. ولو قال زَوَّجْتُك بنْتي وبِعْتُك ثَوْبَها بهذا العبْدِ صَحَّ النِّكاحُ وكذا المهْرُ والبيْعُ في الأظْهَرِ، ويوَزَّعُ العبْدُ على الثّوْبِ ومَهْرِ مِثْلٍ.

مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] الآيةَ والمسُّ الجِماعُ وما رويَ أنّ الخُلَفاءَ الرّاشِدين قضَوْا به بالخلْوةِ مُنْقَطِعٌ ولا يستَقِرُّ بها في نِكاحٍ فاسِدٍ إجماعًا.

فصل في بَيانِ احكامِ المُسَمَّى الصّحيحِ والفاسِدِ

(نَكَحَها) بما لا يملكُه كأنْ نَكَحَها (بخمرٍ أو حُرٍّ أو مغصوبٍ) صرّح بوَصْفِه بما ذُكِرَ أو أشارَ إليه فقط وقد علمه أو جَهِله (وجَبَ مهرُ مثلٍ) لِفَسادِ التّسميةِ وبَقاءِ النّكاحِ هذا في أنْكِحَتنا أمّا أنْكِحةُ الكُفّارِ فقد مَرَّ حكمُها (وفي قولٍ قيمَتُه) أي بَدَلُه بتقديرِ الحُرِّ قِنًّا والمغصوبِ مملوكًا والخمرِ خَلًّا أو عَصيرًا أو قيمَتُه عندَ مَنْ يَرى لها قيمةً على تَناقُضٍ في ذلك مَرَّ ما فيه وذلك لأنّ ذِكْرَه يقتضي قصْدَه دون قيمةِ البُضْعِ ويُرَدُّ بأنّه لا عبرةَ بقَصْدِ ما لا قيمةَ له وذلك التقديرُ لا ضَرورةَ إليه مع سُهولةِ الرُّجوعِ للبَدَلِ الشرعيِّ للبُضْعِ وهو مهرُ المثلِ ولو سمَّى نحوَ دَمٍ فكذلك وكان الفرقُ بينه وبين الخُلْعِ أنّ العقدَ أقوى من الحلِّ فقَوِيَ هنا على إيجابِ مهرٍ وأيضًا التّسميةُ هنا غيرُ شرطٍ لإيجابِ مهرِ المثلِ لِلانعِقادِ به عندَ السُّكوت عن مهرٍ وثَمَّ التّسميةُ شرطٌ لإيجابِ المُسَمَّى أو مهرِ المثلِ وغايةُ ذِكْرِ الدّمِ أنّه كالسُّكوتِ عنه فيهما وهو موجِبٌ هنا لإثمٍ وزَعْمُ أنّ تَسميةَ الدّمِ يتضَمَّنُ التّفويضَ يُرَدُّ بأنّ التّفويضَ منها لا بُدَّ فيه من التّصريحِ بانتفاءِ التّسميةِ في العقدِ وليس ذِكْرُ الدّمِ مُتَضَمِّنًا لِذلك (أو بمملوكٍ ومغصوبٍ بَطَلَ فيه وصَحّ في المملوكِ في الأظهرِ) تفريقًا لِلصَّفْقة وبه يُعْلَمُ أنّه لا بُدَّ من شُروطِها السّابِقة ثَمَّ وإلا كأنْ قدَّمَ الباطِلَ بَطَلَت التّسميةُ ووَجَبَ مهرُ المثلِ (وتتخيّرُ) إنْ جهِلَتْ لأنّ المُسَمَّى كلَّه لم يُسَلَّم لها (فإنْ فسَخَتْ فمهرُ مثلٍ) يجبُ لها (وفي قولِه قيمَتُهما) أي بَدَلُهما (وإنْ أجازَتْ فلها مع المملوكِ حِصّةُ المغصوبِ من مهرِ مثلٍ بحسبِ قيمَتِهما) عَمَلًا بالتوزيعِ فلو ساوَى كلٌّ مِائةً فلها نصفُ مهرِ المثلِ بَدَلًا عن المغصوبِ (وفي قولٍ تقنَعُ به) أي المملوكِ ولا شيءَ لها معه.

(ولو قال زَوّجْتُك بنتي وبِعْتُك ثوبَها بهذا العبدِ) وهو وليُّ مالِها أيضًا أو وكيلٌ عنها فيه (صَحّ النكاحُ) لأنّه لا يَفْسُدُ بفَسادِ المُسَمَّى (وكذا المهرُ والبيعُ في الأظهرِ) كما قدَّمَه في تفريقِ الصّفْقة وأعادَه هنا على وجهٍ أبيَنَ فلا تَكْرارَ وخرج بثَوْبِها ثَوْبي فإنّ المهرَ يَفْسُدُ كبيعِ عبدَين اثنين بثمنٍ واحدٍ (ويوَزَّعُ العبدُ على) قيمةِ (الثوبِ ومهرِ مثلٍ) فلو ساوَى كلٌّ ألفًا كان نصفُ العبدِ ثمنًا ونصفُه صَداقًا فيرجعُ إليه

ولو نَكَحَ بألْفٍ على أنّ لأبيها أو أنْ يُعْطيَه ألْفًا فالمذْهَبُ فَسادُ الصّداقِ ووُجوبُ مَهْرِ المِثْلِ. ولو شَرَطَ خيارًا في النِّكاحِ بَطَلَ النِّكاحُ، أو في المهْرِ فالأظْهرُ صِحّةُ النِّكاحِ لا المهْرِ، وسائِرُ الشُّروطِ إنْ وافقَ مُقْتَضَى النِّكاحِ أو لم يَتَعلّقْ به غَرَضٌ لَغا، وصَحَّ النِّكاحُ والمهْرُ. وإنْ خالَفَ ولم يُخِلَّ بمَقْصودِه الأصْليِّ كَشَرْطِ أنْ لا يَتَزَوَّجَ عليها أو لا نَفَقةَ لَها صَحَّ النِّكاحُ ....

بطلاقٍ قبلَ وطْءٍ رُبُعُه ويَفْسَخُ نصفَه هذا إنْ كان ما خَصَّ مهرَ المثلِ يُساويه فإنْ نَقَصَ عنه وجَبَ مهرُ المثلِ قطعًا، (ولو نَكحَ) بألفٍ بعضُها مُؤَجَّلٌ لِمجهولٍ فسَدَ ووَجَبَ مهرُ المثلِ لا ما يُقابِلُ المُؤَجَّلَ لِتعذُّرِ التوزيعِ مع الجهْلِ بالأجَلِ أو (بألفٍ) مثلًا (على) أو بشرطِ (أنّ لأبيها) أو غيرِه خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه ألفٌ من الصّداقِ أو غيرِه (أو) على أو بشرطِ (أنْ يُعْطيَه) أو غيرَه بالتحتيّةِ (ألفًا) كذلك وأُلْحِقت هذه بما قبلها لأنّ الإعطاءَ يقتضي الاستحْقاقَ والتمليك أيضًا ومن ثَمّ صَحَّ بعْتُك هذا على أنْ تُعْطيَني عَشَرةً وتكونُ هي الثَّمنَ وزَعْمُ الصِّحّةِ لاحِقٌ لأنْ يُريدَ أنْ يُعْطيَه ألفًا من الصّداقِ لها غيرُ صحيحٍ لأنّ الكلامَ فيما يتبادَرُ من شرطِ الإعطاءِ وهو ما ذكرْناه فلا نَظَرَ لإرادةِ خلافِه بل إنْ فُرِضَ إرادتُهما له لم يصحَّ الصّداقُ أيضًا لأنّه شَرَطَ على الزوجِ التّسليمَ لِغيرِ المُستحِقِّ وظاهرٌ أنّه مُفْسِدٌ (فالمذهبُ فسادُ الصّداقِ ووجوبُ مهرِ المثلِ) فيهما لأنّ الألفَ إنْ لم تكن من المهرِ فهو شرطُ عقدٍ في عقدٍ وإلا فقد جعلَ بعضَ ما التزَمَه في مُقابَلةِ البُضْعِ لِغيرِ الزوجةِ ففَسَدَ كما في البيعِ ومنه يُؤْخَذُ أنّه لو نكحَها بألفٍ على أنْ يُعْطيَها ألفًا صَحَّ بالألفين وهو مُحْتَمَلٌ أمّا بالفوقيّةِ فهو وعْدٌ منها لأبيها وهو لا يُفْسِدُ الصّداقَ كذا قاله غيرُ واحدٍ وفيه نَظَرٌ بل هو في نحوِ أنْكحْتُكها بشرطِ أنْ تُعْطيَني هي كذا شرطٌ فاسِدٌ لأنّه شرطُ عقدٍ في عقدٍ أيضًا وأيُّ فرقٍ بين إعطائِها الأبَ ما لا يجبُ عليها وعدمِ نفقتها الواجبةِ لها.

(ولو شَرَطَ) في صُلْبِ العقدِ إذْ لا عبرةَ بما يقعُ قبله أو بعدَه ولو في مجلِسِه بخلافِ البيعِ في الأخيرةِ لأنّه لَمّا دَخَله الخيارُ كان زَمَنُه بمَثابةِ صُلْبِ عقدِه بجامِعِ عدمِ اللُّزومِ ولا كذلك هنا (خيارًا في النِّكاحِ بَطَلَ النِّكاحُ) لِمُنافاته لِوَضْعِ النِّكاحِ من الدّوامِ واللُّزومِ (أو) شَرَطَ خيارًا (في المهرِ فالأظهرُ صحّةُ النِّكاحِ) لأنّه لاستقلالِه لا يُؤَثِّرُ فيه فسادُ غيرِه (لا المهرِ) لأنّ الصّداقَ لم يتمَحَّضْ للعِوَضيّةِ بل فيه شائبةُ النِّحلةِ فلم يَلْقَ به الخيارَ لأنّه إنّما يكونُ في المُعاوَضةِ المحضةِ فيجبُ مهرُ المثلِ (وسائِرُ الشُّروطِ) أي باقيها (إنْ وافقَ مقتضى النِّكاحِ) كشرطِ القسمِ والنّفقةِ (أو لم يتعلّقْ به غَرَضٌ) كأنْ لا تأكلَ إلا كذا (لَغا) الشرطُ أي لم يُؤَثِّرْ في صحّةِ النِّكاحِ والمهرِ لَكِنّه في الأوّلِ مُؤَكِّدٌ لِمقتضى العقدِ فليس المُرادُ بالإلغاءِ فيه بُطْلانَه بخلافِ الثاني وما أوهَمَه كلامُ شارحٍ من استوائِهما في البُطْلانِ وكلامُ آخَرَ من استوائِهما في عدمِه غيرُ صحيحٍ (وصَحَّ النِّكاحُ والمهرُ) كالبيعِ (وإنْ خالف) مقتضاه (ولم يُخِلَّ بمقصودِه الأصليِّ) وهو الاستمتاعُ سواءٌ أكان لها (كشرطِ أنْ لا يتزوَّجَ عليها أو) عليها كشرطِ أنْ (لا نفقةَ لها صَحَّ النِّكاحُ) لأنّه إذا لم يَفْسُدْ بفَسادِ العِوَضِ فلأنْ لا يَفْسُدَ بفَسادِ الشرطِ المذكورِ أولى.

وفَسَدَ الشّرطُ، والمهْرُ. وإنْ أخَلَّ كأنْ لا يَطأ أو يُطَلِّقَ بَطَلَ النِّكاحُ. ولو نَكَحَ نِسْوةً بمَهْرٍ فالأَظْهَرُ فَسادُ المهْرِ، ولِكُلٍّ مَهْرُ مِثْلٍ.
ولو نَكَحَ لِطِفْلٍ بفَوْقِ مَهْرِ مِثْلٍ ....

(تنبيهٌ) قد يستَشْكِلُ كونُ التّزَوُّجِ عليها من مقتضى النّكاحِ بأنّ المُتَبادَرَ أنّه لا يقتضي مَنْعَه ولا عدمَه ويُجابُ بمَنْعِ ذلك وادّعاءِ أنّ النّكاحَ ما دون الرّابعةِ مقتضٍ لِحِلِّها بمعنى أنّ الشّارعَ جعله عَلامةً عليه (وفَسَدَ الشرطُ) لأنّه مُخالِفٌ لِلشَّرْعِ وصَحَّ خبرُ «كلُّ شرطٍ ليس في كِتابِ اللّه تعالى فهو باطِلٌ».

(والمهرُ) إذْ لم يرضَ شارطُ ذلك بالمُسَمَّى إلا عندَ سلامةِ شرطِه فيجبُ مهرُ المثلِ (وإنْ أخلَّ) الشرطُ بمقصودِ النّكاحِ الأصليِّ (ك) شرطِ وليِّ الزوجةِ على الزوجِ (أنْ لا يَطَأها) مُطْلَقًا أو في نحوِ نَهارٍ وهي مُحْتَمِلةٌ له أو أنْ لا يستمتعَ بها (أو) شَرَطَ الوليُّ أو الزوجُ أنْ (يُطَلِّقَها) بعدَ زَمَنٍ مُعَيَّنٍ أو لا (بَطَلَ النّكاحُ) للإخلالِ المذكورِ ولا تَكْرارَ في الأخيرةِ مع ما مَرَّ في التحليلِ كما يُعْلَمُ بتأمُّلِهِما خلافًا لِمَنْ زعمَه أمّا إذا كان الشّارِطُ لِعدمِ الوطءِ هو الزوجَ فلا بُطْلانَ كما في الروضةِ وغيرِها لأنّه حَقُّه فله تركُه ولم تُنَزَّلْ موافقَتُه في الأوّلِ منزلةَ شرطِه حتى يصحَّ أي حتى يُعارِضَ شرطَها ويمنعَ تأثيرَه فاندَفع ما يُقالُ شرطُه فلا يُتَخَيَّلُ هذا التنزيلُ حتى يحتاجَ لِدَفْعِه ولا موافَقَتُها في الثاني منزلةَ شرطِها حتى يَبْطُلَ تَغْليبًا لِجانِبِ المبتدئِ لِقوّةِ الابتداءِ فأُنيطَ الحكمُ به دون المُساعِدِ له على شرطِه دَفْعًا لِلتّعارُضِ وأمّا إذا لم تحتَمِلْه فشَرَطَتْ عدمَه مُطْلَقًا إنْ أيِسَ من احتمالِها له كرَتْقاءَ لا مُتَحَيِّرةٍ لاحتمالِ الشِّفاءِ أو إلى زَمَنِ احتمالِه أو شِفاءِ المُتَحَيِّرةِ فلا يَضُرُّ لأنّه تصريحٌ بمقتضى الشرعِ.

(تنبيهٌ) نَقَلَ الشيخانِ على الحنّاطيِّ أنّ من هذا القِسمِ. ما لو شَرَطَ أنْ لا تَرِثَه أو أنْ يرِثَها أو أنْ يُنْفِقَ عليها غيرُه ثمّ قالا وفي قولٍ يصحُّ ويَبْطُلُ الشرطُ قال جمعٌ مُتأخِّرون وهذا هو الأصحُّ لأنّ الشرطَ المذكورَ لا يُخِلُّ بمقصودِ العقدِ أي وهو الاستمتاعُ وأقولُ إنّما سكتا عليه لأنّ ضَعْفَه معلومٌ من قولِهِما كالأصحابِ بالصِّحّةِ في شرطِ أنْ لا نفقةَ لها إذْ كيف يُتعقَّلُ فرقٌ بين شرطِ عدمِ النّفَقةِ من أصلِها وشرطِ كونِها على الغيرِ وما يَتعقَّلُ من فرقٍ بين ذلك خَيالٌ لا أثَرَ له فإنْ قُلْتَ أعظَمُ غايةٍ لِلنّكاحِ الإرثُ فنفيُه مُساوٍ لِنفيِ نحوِ الوطءِ قُلْت ممنوعٌ إذْ لا يلزمُ من النّكاحِ الإرثُ إذْ قد يمنعُه نحوُ رِقٍّ أو كُفْرٍ بخلافِ الوطءِ فإنّه لازِمٌ لِذاتِ النّكاحِ وإنْ مَنَعَ منه نحوُ تَحَيُّرٍ على أنّه لو نَظَرَ لِذلك كان نفيُ النّفَقةِ كذلك ويُفَرَّقُ بينا نحوِ النّفَقةِ والوطءِ بأنّ المقصودَ من شرعِ النّكاحِ التّناسُلُ المُتَوَقِّفُ على الوطءِ دون نحوِ النّفَقةِ فكان قصْدُه أصليًّا وقَصْدُ غيرِه تابعًا.

(ولو نَكحَ نِسوةً بمهرٍ) واحدٍ كأنْ زَوَّجَه بهنّ جَدُّهُنّ أو عَمُّهُنّ أو مُعتقُهُنّ أو وكيلُ أوليائِهِنّ (فالأظهرُ فسادُ المهرِ) للجَهْلِ بما يَخُصُّ كلًّا منهنّ حالاً مع اختلافِ المُستَحَقِّ ومن ثَمَّ لو زَوَّجَ أمَتَيْه بقِنٍّ صَحَّ بالمُسَمَّى (ولِكلٍّ مهرُ مثلٍ ولو نَكحَ) وليٌّ أبٌ أو جَدٌّ (لِطِفلٍ) أو مجنونٍ أو سفيهٍ (بفوقِ مهرِ مثلٍ) بما لا يُتَغابَنُ بمثلِه من مالِ الوليِّ ومهرِ مثلِها يَليقُ به على ما مَرَّ في مَبْحَثِ نِكاحِ السّفيه وغيرِه

أو أَنْكَحَ بنْتًا لا رَشيدةً أو رَشيدةً بكْرًا بلا إذْنٍ بدونِه فَسَدَ المُسَمَّى، ....

(أو أَنْكَحَ بنْتًا) له بموَحَّدةٍ فنونٍ ففوقيّةٍ كما بخَطِّه (لا) بمعنى غيرُ لِعدمِ وجودِ شرطِ العطْفِ بها كما مَرَّ في قولِه لا ظُهورِ ظهر إعرابُها فيما بعدَها لِكونِها بصورةِ الحرفِ (رَشيدةً) كمجنونةٍ وبِكْرٍ صَغيرةٍ أو سفيهةٍ بدونِ مهرِ المثلِ (أو) أَنْكَحَ بنتًا له (رَشيدةً بكْرًا بلا إذْنٍ) منها له في النّقْصِ عن مهرِ المثلِ (بدونِه) أي مهرِ المثلِ بما لا يُتَغابَنُ به (فَسَدَ المُسَمّى) لانتفاءِ الحظِّ المشترَطِ في تَصرُّفِ الوليِّ بالزّيادةِ في الأولى والنّقْصِ فيما بعدَها أمّا من مالِ الوليِّ فيصحُّ كما رجحه المُتأخِّرون لأنّ في إفسادِه إضرارًا بالابنِ بإلزامِه بكمالِ المهرِ في مالِه ولِظُهورِ هذه المصْلَحةِ لم ينظُروا لِتَضَمُّنِه دخوله في ملكِ المولى قيلَ هذا التّركيبُ غيرُ مُستقيم لأنّ لا إذا دخلتْ على مُفْرَدٍ صِفة لِسابِقٍ وجَبَ تَكْرارُها نحوُ ﴿لَّا فَارِضٌ وَلَا بِكْرٌ﴾ [البقرة :٦٨] ﴿لَّا شَرْقِيَّةٍ وَلَا غَرْبِيَّةٍ﴾ [النور :٣٥] ا هـ وأُخِذَ ذلك من قولِ المُغْني وكذا يجبُ تَكْريرُ لا إذا دخلتْ على مُفْرَدٍ خبرٍ أو صِفة أو حالٍ كزَيْدٌ ولا شاعِرٌ ولا كاتبٌ وجاءَ زَيْدٌ لا ضاحِكًا ولا باكيًا ﴿لَّا فَارِضٌ وَلَا بِكْرٌ﴾ [البقرة :٦٨] ﴿لَّا بَارِدٍ وَلَا كَرِيمٍ﴾ [الواقعة :٤٤] ﴿لَّا مَقْطُوعَةٍ وَلَا مَمْنُوعَةٍ﴾ [الواقعة :٣٣] ﴿لَّا شَرْقِيَّةٍ وَلَا غَرْبِيَّةٍ﴾ [النور :٣٥] ا هـ.

مُلَخَّصًا ويلزمُه إجراءُ ذلك في طاهرِ لا طُهورٍ مع أنّه وغيرَه أَقَرّوه وجعلوا لا فيه بمعنى غيرُ صِفة لِما قبلها ظهر إعرابُها فيما بعدَها لِكونِها بصورةِ الحرفِ وقولُ السّعْدِ في لا هذه يحتَمِلُ أنّها حرفٌ إلى آخِرِه لا يَرُدُّ عليهم لأنّه احتمالٌ بَعيدٌ جِدًّا وجَعْلُهم لا في الآيةِ الآتيةِ بمعنى غيرُ محمولٌ على أنّه تفسيرُ معنًى لا إعرابٍ ولا يُنافي ذلك ما ذُكِرَ عن المُغْني لأنّ مَحلَّه كما هو واضِحٌ ودَلَّتْ عليه مثلُهم فيما إذا أُريدَ الإخبارُ أو الوصْفُ أو الحالُ بنفيِ مُتَقابِلينِ فيجبُ تَكْريرُ لا حينئذٍ لأنّ عدمَه يوهِمُ أنّ القصْدَ نفيُ المجموعِ لا كلٍّ منهما على حِدَته كما صرّح به السّعْدُ في لا ذَلولٌ أنّها اسمٌ بمعنى غيرُ لكن لِكونِها بصورةِ الحرفِ ظهر إعرابُها فيما بعدَها ويحتَمِلُ أنْ تكون حرفًا كما تُجعَلُ إلا بمعنى غيرَ كما في مثلِ ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ [الأنبياء :٢٢] مع أنّه لا قائِلَ باسميَّتِها أي إلا ثُمّ قال في قولِ الكشّافِ لا الثانيةُ مَزيدةٌ لِتأكيدِ الأولى الثانيةُ حرفٌ زيدَتْ لِتأكيدِ النّفْيِ والتّأكيدُ لا يُنافي الزّيادةَ على أنّه يُفيدُ التّصْريحَ بعمومِ النّفْيِ إذْ بدونِها رُبَّما يُحْمَلُ اللّفْظُ على نفيِ الاجتماعِ ولهذا تُسَمَّى لا المُذَكِّرةَ لِلنّفْيِ ا هـ.

ولم ينظُرِ السّعْدُ إلى اعتراضِ أبي حَيّانَ الزّمخشَريّ بقولِه ما مُلَخَّصُه زَعْمُه التّأكيدَ مع الزّيادةِ ليس بشيءٍ لأنّ لا ذَلولٌ صِفة منفيّةٌ بلا فيجبُ تَكْريرُ نافيه لَمّا دخلتْ عليه وتقديرُه لا ذَلولٌ مُثيرةٌ ولا ساقيةٌ وهو مُمْتَنِعٌ كجاءَني رجلٌ لا كريمٌ ا هـ لأنّ الحقَّ أنّ ما أَلزَمَ به الزّمخشَريّ لا يلزمُه إذِ الزّيادةُ لأجلِ تأكيدِ النّفْيِ لا يُتَوَهَّمُ ما مَرَّ لا تُنافي وجوبَ التّكْريرِ ولا توجِبُ أنّ تقديرَ الآيةِ ما ذكرَه ولأنّه مثلُ جاءَ رجلٌ لا كريمٌ فتأمّلْه ليظهرَ لَكَ أيضًا أنّ الزّيادةَ والتّأكيدَ هنا غيرُهما في نحوِ ﴿مَا مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ﴾ [الأعراف :١٢] ومن ثَمَّ قال ابنُ جِنّي أنْ لا هنا مُؤَكِّدةٌ قائِمةٌ مَقامَ إعادةِ الجُمْلةِ مَرّةً أُخرى وفي المُغْني في

والأظْهَرُ صِحّةُ النِّكاحِ بمَهْرِ مِثْلٍ. ولو توافَقوا على مَهْرٍ كان سِرًّا وأعْلَنوا زيادةً فالمذْهَبُ وُجوبُ ما عُقِدَ بهِ. ولو قالتْ لِوَلِيِّها زَوِّجْني بألْفٍ فنَقَصَ عنه بَطَلَ النِّكاحُ، فلو أطْلَقَتْ فنَقَصَ عن مَهْرِ مِثْلٍ بَطَلَ، وفي قولٍ يَصِحُّ بمَهْرِ مِثْلٍ. قُلْت: الأظْهَرُ صِحّةُ النِّكاحِ في الصّورَتَيْنِ بمَهْرِ المِثْلِ، واللهُ أعْلَمُ.

نحوُ ما جاءَني زَيْدٌ ولا عمرٌو يُسَمّونَها زائِدةً وليستْ بزائِدةٍ ألبَتّةَ إذْ مع حَذْفِها يُحْتَمَلُ نفيُ مَجيءِ كلٍّ منهما على كلِّ حالٍ ونفيُ اجتماعِهِما في وقت المجيءِ فإذا جيءَ بها صار نصًّا في المعنى الأوّلِ بخلافِ ﴿وَمَا يَسْتَوِى ٱلْأَحْيَآءُ وَلَا ٱلْأَمْوَٰتُ﴾ [فاطر :٢٢] أنّها لِمُجَرَّدِ التّأكيدِ ا هـ وهو موافِقٌ لِما مَرَّ عن السّعْدِ ومُؤَيِّدٌ لِما رَدَدْت به ما مَرَّ عن أبي حَيّانَ واعلم أنْ لا في كلِّ ما ذُكِرَ بمعنى غيرُ فما وقَعَ لِبعضِهم أنّ التي بمعنى غيرُ قسيمةٌ لِما يجبُ تَكْريرُها غيرُ مُرادٍ وقد صرحوا بأنّ لا العاطِفةَ والجوابيّةَ لم يقعا في القُرآنِ ويجبُ تَكْريرُ لا أيضًا إذا وليَها جُمْلةٌ اسميّةٌ صَدْرُها معرِفة أو نَكِرةٌ ولم تعمَلْ فيها أو فعلٌ ماضٍ ولو تقديرًا.

(والأظهرُ صحّةُ النكاحِ بمهرِ المثلِ) لأنّ فسادَ الصّداقِ لا يُفْسِدُه كما مَرَّ وفارَقَ عدمُ صحّته من غيرِ كُفْءٍ بأنّ إيجابَ مهرِ المثلِ هنا تَدارُكٌ لِما فاتَ من المُسَمَّى وذاك لا يُمْكِنُ تَدارُكُهُ.

(ولو تَوافَقوا) أي الزوجُ والوليُّ والزوجةُ الرّشيدةُ فالجمعُ باعتبارِها أو باعتبارِ مَنْ ينضَمُّ للفَريقَين غالِبًا (على مهرٍ سِرًّا وأعلنوا بزيادةٍ فالمذهبُ وجوبُ ما عُقِدَ به) أوّلاً إنْ تكَرَّرَ عقدٌ قلَّ أو كثُرَ اتَّحَدَتْ شهودُ السِّرِّ والعلَنِ أم لا لأنّ المهرَ إنّما يجبُ بالعقدِ فلم يُنْظَرْ لِغيرِه ويُؤْخَذُ من أنّ العُقودَ إذا تكَرَّرَت اعْتُبِرَ الأوّلُ مع ما يأتي أوائِلَ الطّلاقِ أنّ قولَ الزوجِ لِوَليِّ زوجَته زَوِّجْني كِنايةٌ بخلافِ زَوِّجْها فإنّه صريحٌ أنّ مُجَرَّدَ موافَقة الزوجِ على صورةِ عقدٍ ثانٍ مثلاً لا يكونُ اعترافًا بانقضاءِ العِصْمةِ الأولى. بل ولا كِنايةَ فيه وهو ظاهرٌ ولا يُنافيه ما يأتي قُبَيْلَ الوليمةِ أنّه لو قال كان الثاني تجديدَ لفظٍ لا عقدًا لم يُقْبل لأنّ ذاك في عقدَين ليس في ثانيهِما طَلَبُ تجديدٍ وافَقَ عليه الزوجُ فكان الأصلُ اقتضاءَ كلِّ المهرِ وحَكَمْنا بوُقوعِ طَلْقة لاستلْزامِ الثاني لها ظاهِرًا وما هنا في مُجَرَّدِ طَلَبٍ من الزوجِ لِتَحَمُّلٍ أو احتياطٍ فتأمّلْه.

(ولو قالتْ لِوَلِيِّها زَوِّجْني بألفٍ فنَقَصَ عنه بَطَلَ النّكاحُ) كما لو قالتْ له زَوِّجْني من زَيْدٍ فزَوَّجَ من عمرٍو (فلو أطلقت) له الإذْنَ بأنْ لم تَتعرَّضْ فيه لِمهرٍ (فنَقَصَ عن مهرِ مثلٍ بَطَلَ) لأنّ الإذْنَ المُطْلَقَ محمولٌ على مهرِ المثلِ فكأنّها قيّدَتْ به وفي قولٍ يصحُّ بمهرِ المثلِ وكذا لو زَوَّجَها بلا مهرٍ (قُلْت الأظهرُ صحّةُ النّكاحِ في الصّورتَين) صورةُ التقييدِ وصورةُ الإطلاقِ (بمهرِ المثلِ واللهُ أعلمُ) كما في سائِرِ الأسبابِ المُفْسِدةِ لِلصَّداقِ ولأنّ البُضْعَ له مَرَدٌّ شرعيٌّ يُرَدُّ إليه وبه فارَقَ تزويجَه من عمرٍو فيما ذُكِرَ وبَحْثُ الزّركشيِّ كالبُلْقينيِّ أنّها لو كانت سفيهةً فسَمَّى دون مأذونِها لكِنّه زائِدٌ على مهرِ مثلِها انعقَدَ بالمُسَمَّى لِئَلّا يَضيعَ الزّائِدُ عليها وطَرَداه في الرّشيدةِ وهو مُتَّجِهٌ في السّفيهةِ لا لِما نَظَرا إليه بل

فَصْلٌ

قالتْ رَشيدةٌ: زَوِّجْني بلا مَهْرٍ فَزَوَّجَ ونَفَى المهْرَ أو سَكَتَ فَهو تَفْويضٌ صَحيحٌ.

لأنّه لا مَدْخَلَ لإذْنِها في الأموالِ فكأنّها لم تأذَنْ في شيءٍ فكما انعقَدَ هنا المُسَمَّى الزّائِدُ فكذلك في مسألَتِنا لا في الرّشيدةِ لأنّ إذْنَها مُعتبَرٌ في المالِ أيضًا فاقتضتْ مُخالفتُه ولو بما فيه مَصْلَحةٌ لها فسادَ المُسَمَّى ووجوبَ مهرِ المثلِ وخرج بنَقَصَ عنه ما لو زاد عليه فينعقِدُ بالزّائِدِ كما في نظيرِه من وكيلِ البيعِ المأذونِ له فيه بقدرٍ فزاد عليه فالإفتاءُ بأنّه يجبُ مهرُ المثلِ وبأنّه يجبُ ما سمَّتْه ويَلْغو الزّائِدُ لأنّها قد تقصِدُ المُحاباةَ كِلاهما فيه نَظَرٌ نعم، ينبغي أنْ يأتيَ هنا ما لو قالوه في وكيلٍ عُيِّنَ له قدرٌ مع تعيينِ المشتري أو النّهيِ عن الزّيادةِ فتمتَنِعُ الزّيادةُ عليه فيهما فكذا هنا إذا عَيَّنَت الزوجَ والقدرَ أو نَهَتْ عن الزّيادةِ تمتَنِعُ الزّيادةُ وحينئذٍ فيحتَمِلُ وجوبُ مهرِ المثلِ لِفَسادِ بعضِ المُسَمَّى ويحتَمِلُ وجوبُ ما سمَّتْه فقط لإلغاءِ تَسميةِ الزّائِدِ من أصلِه والأوّلُ أقربُ وهذا الإلغاءُ هو السّبَبُ في فسادِ المُسَمَّى فهو كما مَرَّ فيما لو نَكحَ لِموَلّيه بفوقِ مهرِ المثلِ إذْ إلغاءُ الزّائِدِ على مهرِ المثلِ هنا كإلغاءِ الزّائِدِ في مسألَتِنا وبهذا يُرَدُّ على مَنْ ما قال في الإفتاءِ الأوّلِ أنّه ليس بشيءٍ كالثاني ثمّ رأيت بعضَهم بحث ما ذكرَتْه فيما إذا عَيَّنَ الزوجَ والقدرَ.

(تنبية) قد يُشْكِلُ على صحيحِ المُحَرَّرِ البُطْلانُ هنا عن الإطلاقِ قولُه أو أنكحَ بنتًا إلى آخِرِه فتأمّلْه وكما أنّ إذْنَها المُطْلَقَ هنا لا ينصَرِفُ إلا لِمهرِ المثلِ فكذلك إذْنُ الشّارِعِ له في إجبارِها إنّما هو شرطُ كونِه بمهرِ المثلِ بل هذا أولى بالبُطْلانِ لأنّ مُخالَفة إذْنِ الشّارِعِ أفْحَشُ ولَك أنْ تَفَوَّقَ بأنّ وِلايةَ المُجْبِرِ أقوى من وِلايةِ غيرِه فأثّرَت المُخالَفة في هذه دون تلك.

فصل في التّفويضِ

وهو لُغةً رَدُّ الأمرِ للغيرِ وشرعًا إمّا تفويضُ بُضْعٍ وهو إخلاءُ النّكاحِ عن المهرِ. وإمّا تفويضُ مهرٍ كزَوِّجْني بما شِئْت أو شاءَ فُلانٌ والمُرادُ هنا الأوّلُ وتُسَمَّى مُفوِّضةً بالكسرِ وهو واضِحٌ وبالفتحِ وهو أفصَحُ لأنّ الوليَّ فوَّضَ أمرَها إلى الزوجِ أي جعلَ له دَخْلًا في إيجابه بفرضِه الآتي وكان قياسُه وإلى الحاكِمِ لكن لَمّا كان كنائِبِه لم يحتج لِذِكْرِه.

إذاً (قالتْ) حُرّةٌ (رَشيدةٌ) بكْرٌ أو ثَيِّبٌ أو سفيهةٌ مُهْمَلةٌ كما عُلِمَ من كلامِه في الحجْرِ ولا يدخلُ في الرّشيدةِ الصّبيّةُ خلافًا لِمَنْ زعمَه وقولُه في الصّيام أو صِبْيانًا رُشَداءَ مَجازٌ عن اختبارِ صِدْقِهم كما عُلِمَ مِمّا قدّمته فيه لِوَلِيِّها (زَوِّجْني بلا مهرٍ) أو على أنْ لا مهرَ لي (فزَوَّجَ ونَفَى المهرَ أو سكتَ) عنه أو زَوَّجَ بدونِ مهرِ المثلِ أو بغيرِ نَقْدِ البلَدِ أو بمهرٍ مُؤَجَّلٍ أو قال زَوَّجْتُكها وعليك لها مِائةٌ ويوَجَّه بأنّ ذِكْرَ المهرِ ليس شرطًا لِصحّةِ النّكاحِ فلم يكن في قولِه وعليك إلزامٌ بل طَلَبُ وعْدٍ منه لا يلزمُ وبه فارَقَ نظيرَه في البيعِ فإنّ المِائةَ تكونُ ثمنًا لِتَوَقُّفِ الانعِقادِ عليه فكان إلزامًا محضًا (فهو تفويضٌ صحيحٌ) كما عُلِمَ من حَدِّه وسيأتي حكمُه وخرج بقولِه بلا مهرٍ قولُها زَوِّجْني فقط فليس تفويضًا على

وكذا لو قال سَيِّدُ أمةٍ زَوَّجْتُكَها بلا مَهْرٍ، ولا يَصِحُّ تَفْوِيضُ غيرِ رَشِيدةٍ. وإذا جَرَى تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ فالأَظْهَرُ أنّه لا يَجِبُ شَيْءٌ بنفسِ العقْدِ. فإنْ وطِئَ فَمَهْرُ مِثْلٍ. وَيُعْتَبَرُ بحالِ العقْدِ في الأَصَحِّ، ....

المعتمدِ لأنّ إذْنَها محمولٌ على مقتضى الشرعِ والعُرْفِ من المصْلَحةِ لاستحْيائِها من ذِكْرِ المهرِ غالبًا وبه فارَقَ ما يأتي في السَّيِّدِ وبنفيٍ إلى آخِرِه ما لو أنْكحَها بمهرِ المثلِ حالاً من نَقْدِ البلَدِ فإنّه يصحُّ بالمُسَمَّى ولو قالتْ زَوِّجْني بلا مهرٍ حالاً ولا مَآلاً وإنْ وقَعَ وطْءٌ تفويضٌ صحيحٌ كما انتصر له الزّركشيُّ وفاسِدٌ على ما رجحه الأذرَعيُّ على أنّ شارِحًا نَقَلَ عنه ما يُصَرِّحُ بأنّه رجح الأوّلَ فلَعَلَّ كلامَه اختلف.

(وكذا لو قال سيِّدُ أمةٍ زَوَّجْتُكها بلا مهرٍ) إذْ هو المُستَحِقُّ كالرّشيدةِ. وكذا لو سكتَ على المنْصوصِ المعتمدِ وظاهرٌ أنّه لو أذِنَ لِآخرَ في تزويجِ أمَتِه وسَكتَ عن المهرِ فزَوَّجَها الوكيلُ وسَكتَ عنه لم يكن تفويضًا لأنّ الوكيلَ يلزمُه الحظُّ لِموَكِّلِه فينعقِدُ بمهرِ المثلِ نظيرَ ما مَرَّ في وليٍّ أذِنَتْ له وسَكتَتْ والمُكاتَبةُ كِتابةً صحيحةً مع سيِّدِها كحُرّةٍ كما بحثه الأذرَعيُّ وفيه نَظَرٌ لِما يأتي أنّ التّفويضَ تَبَرُّعٌ وهي لا تَستَقِلُّ به إلا بإذْنِ السّيِّدِ إلا أنْ يُجابَ بأنّ تعاطيَه لِذلك مُتَضَمِّنٌ للإذْنِ لها فيه وخرج بقولِه زَوَّجْتُكها بلا مهرٍ وما أُلحِقَ به زَوَّجه بدونِه أو بمُؤَجَّلٍ أو من غيرِ نَقْدِ البلَدِ فينعقِدُ به ولا تفويضَ (ولا يصحُّ تفويضُ غيرِ رَشيدةٍ) كغيرِ مُكلَّفة وسَفيهةٍ محجورٍ عليها لأنّها ليستْ من أهلِ التّبَرُّعِ أمّا إذْنُها في النّكاحِ المُشْتَمِلِ على التّفويضِ فصحيحٌ، (وإذا جَرى تفويضٌ صحيحٌ فالأظهرُ أنّه لا يجبُ شيءٌ بنفسِ العقدِ) وإلا لَتَشَطَّرَ بطلاقٍ قبلَ وطْءٍ وقد دَلَّ القُرآنُ على أنّها لا تَستَحِقُّ إلا المُتْعةَ نعم، إنْ سمّى مهرَ المثلِ حالاً من نَقْدِ البلَدِ انعقَدَ به ولا يَرِدُ هذا على المتنِ فإنّه فرضُ كلامِه أوّلاً فيما إذا نَفَى المهرَ أو سكتَ ومثلُه كما مَرَّ ما إذا ذكرَ دون مهرِ المثلِ أو غيرَ نَقْدِ البلَدِ أو مُؤَجَّلاً واعتُرِضَ قولُه شيءٌ بأنّه أوجَبَ شيئًا هو أحدُ أمرَينِ المهرُ أو ما يتراضَيانِ به وذلك يَتعيَّنُ بتَراضيهما أو بالوطءِ أو بالموتِ ويُرَدُّ بما يأتي من إشكالِ الإمامِ وأنّه لو طَلَّقَ قبلَ فرضٍ ووَطْءٍ لم يجبْ شَطْرٌ فعُلِمَ أنّه لم يجبْ بنفسِ العقدِ شيءٌ من المالِ أصلاً وأمّا لُزومُ المالِ بطارِئِ فرضٍ أو وطْءٍ أو موتٍ فوجوبٌ مُبْتَدأٌ وإنْ كان العقدُ هو الأصلُ فيه (فإنْ وطِئَ) المُفَوِّضةَ ولو باختيارِها (فمهرُ مثلٍ) لأنّ البُضْعَ حَقٌّ لِلّه تعالى إذْ لا يُباحُ بالإباحةِ ومَرَّ في نِكاحِ المُشْرِكِ أنّ الحربيّين لا الذِّمّيّين لو اعتَقَدوا أنْ لا مهرَ لِمُفَوِّضةٍ مُطْلَقًا عمِلْنا به وإنْ أسلَما قبلَ الوطءِ لِسَبْقِ استحْقاقِه وطْئًا بلا مهرٍ وكذا لو زَوَّجَ أمَتَه عبدَه ثمّ أعتقَها أو أحدَهما أو باعَها لِآخرَ ثمّ دخل بها الزوجُ فلا مهرَ لها ولا للبائِعِ (ويُعتَبَرُ) مهرُ المثلِ أي صِفاتُها المُراعاةُ فيه كما يأتي (حالَ العقدِ في الأصحّ) الذي عليه الأكثرون لأنّه السَّبَبُ للوجوبِ كما يأتي، وقيلَ يجبُ أكثرُ مهرٍ من العقدِ إلى الوطءِ وصَحَّحه في أصلِ الروضةِ لأنّ البُضْعَ لَمّا دخل في ضمانِه واقترَنَ به إتلافٌ وجَبَ الأقصَى كالمقبوضِ بالبيعِ الفاسِدِ وعليه فلو مات قبلَ الوطءِ اعْتُبِرَ يومُ العقدِ

ولها قبلَ الوطْءِ مُطالَبةُ الزّوْجِ بأنْ يَفرِضَ مَهْرًا، وحَبْسُ نفسِها ليَفرِضَ، وكذا لِتَسْليمِ المفروضِ في الأصَحِّ، ويُشْتَرَطُ رِضاها بما يَفرِضُه الزّوْجُ. لا عِلْمُهما بقدرِ مَهْرِ المِثْلِ في الأظْهَرِ. وَيَجوزُ فَرْضٌ مُؤَجَّلٌ في الأصَحِّ. وَفَوْقَ مَهْرِ مِثْلٍ، وقيلَ لا إنْ كان من جِنْسِهِ. ولو امتَنَعَ مِن الفرْضِ أو تَنازَعا فيه فَرَضَ القاضي نَقْدَ البلَدِ حالًّا.

على الأوجَه لأنّه الأصلُ، (ولها قبلَ الوطءِ مُطالَبةُ الزوجِ بأنْ يَفرِضَ) لها (مهرًا) لِمثلِها لِتكون على بَصيرةٍ من تَسليمِ نفسِها واستَشْكله الإمامُ بأنّا إنْ قُلْنا يجبُ مهرُ مثلٍ بالعقدِ فما معنى المُفوَّضةِ وإنْ قُلْنا ثَمَّ يجبُ به شيءٌ فكيف تَطْلُبُ ما لا يجبُ قال ومَنْ طَمِعَ أنْ يَلْحَقَ ما وضَعَه على الإشكالِ بما هو طَلَبٌ مُستَحيلًا ا هـ. ويُجابُ بأنّ معنى المُفوَّضةِ على الأوّلِ أنّه يَجوزُ للوَليِّ إخلاءُ العقدِ عن التّسميةِ وكفَى بدَفْعِ الإثمِ عنه فائِدةً ومعنى وإنّما طلبتْ ذلك على الثاني لأنّه جَرى سبَبُ وجوبه فالعقدُ سبَبٌ للوجوبِ بنحوِ الفرضِ لا أنّه موجِبٌ للمهرِ وفرقٌ واضِحٌ بينهما (و) لها (حَبْسُ نفسِها ليَفرِضَ) لِما مَرَّ (وكذا لِتَسليمِ المفروضِ في الأصحِّ) كما لها ذلك في المُسَمَّى في العقدِ إذْ ما فُرِضَ بعدَه بمنزلةِ وما سُمّيَ فيه ولو خافت الفوْتَ بالتّسليمِ جازَ لها ذلك قطعًا (ويُشترَطُ رِضاها بما يَفرِضُه الزوجُ) وإلا فكما لو لم يَفرِضْ لأنّ الحقَّ لها نعم، إنْ فرَضَ لها مهرَ مثلِها باعترافِها حالاً من نَقْدِ بَلَدِها لم يُشتَرَطْ رِضاها كما نَقَله ابنُ داوُد عن الأصحابِ، وأطالَ الأذرَعيُّ في الانتصارِ له لأنّها إذا رَفعتْه لِقاضٍ لم يَفرِضْ غيرَ ذلك فامتناعُها عَبَثٌ وتعنُّتٌ (لا علمُهما) أي الزوجَين وفي نُسَخٍ علمُها والأوّلُ منقولٌ عن خَطِّه (بقدرِ مهرِ مثلٍ في الأظهرِ) لأنّ ما يَتّفِقانِ عليه ليس بَدَلاً عنه بل الواجبُ أحدُهما.

(ويَجوزُ فرضٌ مُؤَجَّلٌ في الأصحِّ) بالتّراضي كما يَجوزُ تأجيلُ المُسَمَّى ابتداءً (و) يَجوزُ فرضٌ (فوقَ مهرِ المثلِ) ولو سُنّ جنسُه لِما مَرَّ أنّه غيرُ بَدَلٍ (وقيلَ لا إنْ كان من جنسِه) لأنّه بَدَلٌ عنه فلا يُزادُ عليه (ولو امتنع) الزوجُ (من الفرضِ أو تَنازَعا فيه) أي قدرِ المفروضِ ورُفِعَ الأمرُ للقاضي بدعوَى صحيحةٍ (فرَضَ القاضي) وإنْ لم يرضَيا بفرضِه لأنّه حكمٌ منه لأنّ مَنصِبَه فصلُ الخُصوماتِ (نَقْدَ البلَدِ) أي بَلَدِ الفرضِ فيما يظهرُ وعليه فهل يُعْتَبَرُ يومُ العقدِ أو الفرضِ كلٌّ مُحْتَمَلٌ لَكِنّ قياسَ ما مَرَّ من اعتبارِ مهرِ المثلِ هنا بيومِ العقدِ اعتبارُ نَقْدِ بَلَدِ الفرضِ يومَ العقدِ بل لو اعْتُبِرَ مَحَلُّ العقدِ يومَه لم يَبْعُدْ ولا يُنافي قولَنا بَلَدِ الفرضِ مَنْ عَبَّرَ ببَلَدِ المرأةِ لاستلْزامِ الفرضِ حُضورَها أو حُضورَ وكيلِها فالتعبيرُ ببَلَدِ الفرضِ لِتَدْخُلَ هذه الصّورةُ أولى وإذا اعْتُبِرَ بَلَدُ الفرضِ أو بَلَدُها فقد ذكروا في اعتبارِ قدرِه أنّه لا يعتبر بلدها إلا إنْ كان بها نِساءُ قراباتها أو بعضُهنّ وإلا اعْتُبِرَ بَلَدُهنّ إنْ جمعهنّ بَلَدٌ وإلا اعْتُبِرَ أقرَبُهنّ لِبَلَدِها فإنْ تعذّرَتْ معرِفَتُهنّ اعْتُبِرَتْ أجنبيّاتُ بَلَدِها كما يأتي فقياسُه أنّ ذلك يُعْتَبَرُ في صِفَته أيضًا كما جزَمَ به بعضُهم بل هذا لازِمٌ لِذاك وإلا لَتعذّرَتْ معرفة قدرِه من أصلِه إذْ لا فائِدةَ لِمعرِفة عَشَرةٍ مثلاً من غيرِ أنْ تُعْرَفَ من أيِّ نَقْدٍ هي (حالاً) وإنْ رَضيَتْ بغيرِهما أو اعْتِيدَ ذلك لِما مَرَّ

قُلْت: ويُفْرَضُ مَهْرُ مِثْلٍ ويُشْتَرَطُ عِلْمُه به واللَّه أعْلمُ. وَلا يَصِحُّ فَرْضُ أجْنَبيٍّ من مالِه في الأَصَحِّ. والفرْضُ الصّحيحُ كَمُسَمًّى فَيَتَشَطَّرُ بطَلاقٍ قبلَ وطْءٍ، ولو طَلَّقَ قبلَ فَرْضٍ ووَطْءٍ فلا شَطْرَ. وإنْ ماتَ أحَدُهما قَبْلهما لم يَجِبْ مَهْرُ مِثْلٍ في الأَظْهَرِ. قُلْت: الأَظْهَرُ وُجوبُه، واللَّه أعْلَمُ.

فَصْلٌ

مَهْرُ المِثْلِ ما يُرْغَبُ به في مِثْلِها، ورُكْنُه الأعْظَمُ نَسَبٌ، فَيُراعَى ....

أنّ في البُضْعِ حَقًّا لِلَّه تعالى بل لو اعتادَ نِساؤُها التّأجيلَ لم يُؤَجَّلْ على المعتمدِ بل يُفْرَضُ مهرُ مثلِها حالاً ويُنْقَصُ منه ما يُقابِلُ الأجَلَ (قُلْت ويُفرَضُ مهرُ مثلٍ) حالةَ العقدِ بلا زيادةٍ ولا نَقْصٍ لأنّه قيمةُ البُضْعِ نعم، يُغْتَفَرُ يَسيرٌ يقعُ في مَحَلِّ الاجتهادِ بأنْ يُتَغابَنَ به نظيرَ ما مَرَّ في الوكيلِ وقضيّةُ كلامِ الشيخينِ مَنْعُ الزّيادةِ وانتقَصَ وإنْ رَضيا وهو مُتَّجِهٌ نظيرُ ما مَرَّ وإن اختارَ الأذرَعيُّ خلافَه لكن قال الغزّيُّ قد يُقالُ إذا تَراضَيا خرجت الحُكومةُ عن نَظَرِ القاضي والكلامُ فيما إذا فصَلَت الحُكوماتُ بحكمِ باتٍّ اهـ ويُرَدُّ بأنّ مُرادَهم أنّ حكمَه الباتَّ بمهرِ المثلِ لا يمنعُه رِضاهما بخلافِه وبِدونِه أو أكثرَ منه لا يُجوِّزُه رِضاهما به (ويُشتَرَطُ علمُه به) أي بقدرِ مهرِ المثلِ (واللّه أعلمُ) حتى لا يَزِيدَ عليه ولا ينقُصَ منه لأنّه مُتَصَرِّفٌ لِغيرِه فإنْ قُلْت ينبغي أنْ يكون هذا شرطَ جوازِ تَصَرُّفِه لا لِنُفوذِه لو صادَفَه في نفسِ الأمرِ قُلْت لا بل الذي دَلَّ عليه كلامُهم أنّه شرطٌ لهما لأنّ قضاءَ القاضي مع الجهْلِ لا ينفُذُ وإنْ صادَفَ الحقَّ (ولا يصحُّ فرضُ أجنَبيٍّ) ولو (من مالِه) بغيرِ إذْنِ الزوجِ سواءٌ العيْنُ والدَّيْنُ (في الأصحِّ) وإنّما جازَ أداؤُه دَيْنَ غيرِه من غيرِ إذْنِه لأنّه لم يسبِقْ ثَمَّ عقدٌ مانِعٌ منه وهنا الفرضُ تَغْييرٌ لِما يقتضيه العقدُ وتَصَرُّفٌ فيه فلم يَلِقْ بغيرِ العاقِدِ ومأذونِه.

(والفرضُ الصّحيحُ) منهما أو من القاضي (كمُسَمًّى فيتشَطَّرُ بطلاقٍ قبلَ وطْءٍ) كالمُسَمَّى في العقدِ أمّا الفاسِدُ كخمرٍ فلَغْوٌ فلا يجبُ شيءٌ حتى يتشَطَّرَ وإنّما اقتضى الفاسِدُ في ابتداءِ العقدِ مهرَ المثلِ لأنّه أقوى بكونِه في مُقابَلةِ عِوَضٍ وهنا دَوامُ سبقِه الخُلُوُّ عن العِوَضِ فلم يُنْظَرْ للفاسِدِ، (ولو طَلَّقَ قبلَ فرضٍ ووَطْءٍ فلا شَطْرَ) لِمفهومِ قوله تعالى ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولها المُتْعةُ كما يأتي (وإنْ مات أحدُهما قبلَهما) أي الفرضِ والوطءِ (لم يجبْ مهرُ مثلٍ في الأظهرِ) كالفُرْقةِ بالطّلاقِ (قُلْت الأظهرُ وجوبُه واللّه أعلمُ) للخبرِ الصّحيحِ خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه بقَضائِه ﷺ بذلك لِبِرْوَعَ رضي الله عنها.

فصل في بيانِ مهرِ المثلِ

(مهرُ المثلِ ما يُرْغَبُ به) عادةً (في مثلِها) نَسَبًا وصِفةً (ورُكْنُه الأعظَمُ) في النّسبيّةِ (نَسَبٌ) ولو في العجَمِ على الأوجَه لأنّ التّفاخُرَ إنّما يقعُ به غالِبًا فتختَلِفُ الرّغَباتُ به مُطْلَقًا (فيُراعَى) من أقارِبِها حتى

أَقْرَبُ مَنْ تُنسَبُ إلى مَنْ تُنسَبُ إليه وأقْرَبُهُنّ أُخْتٌ لأبَوَيْنِ ثم لأبٍ ثم بَناتُ أخٍ ثم عَمّاتٌ كَذلك، فإنْ فُقِدَ نِساءُ العصَبةِ أو لم يُنْكَحْنَ أو جُهِلَ مَهْرُهُنّ فأرحامٌ كَجَدّاتٍ وخالاتٍ،

تُقاسَ هي عليها (أقْرَبُ مَنْ تُنسَبُ) من نِساءِ العصبةِ (إلى مَنْ تُنسَبُ) هذه التي تَطْلُبُ معرفة مهرِها (إليه) كأختٍ وعَمّةٍ لا أمٍّ وجَدّةٍ وخالةٍ لِقَضائِه ﷺ بمهرِ نِساءِ برْوَعَ في الخبرِ السّابِقِ أمّا مجهولةُ النّسَبِ فرُكْنُه الأعظَمُ فيها نِساءُ الأرحامِ كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي (وأقرَبُهنّ أختٌ لأبوَين) لإدْلائِها بجهتَين (ثمّ) إنْ فُقِدَتْ أو جُهِلَ مهرُها أو كانت مُفَوَّضةً ولم يُفْرَضْ لها مهرُ مثلِ أختٍ (لأبٍ ثمّ بَناتُ أخٍ) فابنُه وإنْ سفَلَ (ثمّ عَمّاتٌ) لا بَناتُهُنّ وإيرادُهُنّ عليه وهْمٌ (كذلك) أي لأبوَين ثمّ لأبٍ ثمّ بَناتُ عَمٍّ ثمّ بَناتُ ابنِه وإنْ سفَلَ كذلك.

قيلَ قضيّةُ كلامِه كالرّافِعيّ أنّ بعدَ بَناتِ الأخِ تنتقِلُ للعَمّاتِ حتى لو وُجِدَتْ بنتُ بنتِ أخٍ وعَمّةٌ قُدِّمت العمّةُ وليس كذلك بل المُرادُ تقديمُ جِهةِ الأخوّةِ على جِهةِ العمومةِ وبه صرّح الماوَرْديُّ ا هـ وهو عجيبٌ وإنْ جَرى عليه الزّركشيُّ وغيرُه إذْ ما ذُكِرَ في بنت بنت الأخِ وهْمٌ كيف وهذه خارِجةٌ عَمّا الكلامُ فيه وهو نِساءُ العصَباتِ المُصَرّحُ بهنّ قولُه وأقرَبُهُنّ إلى آخِرِه ولو أورَدوا عليه أنّ قضيّتَه أنّ بنتَ ابنِ الأخِ لا تُقَدَّمُ على العمّةِ وليس كذلك لَكان هو الصّوابَ وقد يُجابُ بأنّه أرادَ بالأخِ جِهةَ الأخوّةِ فيشمَلُ كلَّ مَنْ نُسِبَتْ إلى فرعِ الأخِ الذّكرِ من جِهةِ أبيها (فإنْ فُقِدَ نِساءُ العصبةِ) بأنْ لم يوجَدْنَ وإلا فالميّتاتُ يُعْتَبَرْنَ أيضًا (أو لم يُنكَحنَ) استَشْكلَ مع الضّبطِ بأنّه ما يُرْغَبُ به في مثلِها الصّريحُ في أنّ العبرةَ بفرضِ الرّغبةِ فيها لو نُكِحَت الآنَ فاستَوَت المنكوحةُ وغيرُها ويُرَدُّ بأنّ المنكوحةَ استَقَرّتْ لها رَغْبةٌ فاعتُبِرَتْ مع ما فيها بما يقتضي زيادةً أو نَقْصًا وغيرُها مَلْحَظُ ما به الرّغبةُ فيها مختَلِفٌ إذْ ما بالقوّةِ يقعُ الاختلافُ فيه كثيرًا فأعْرَضوا عن ذلك وانتقَلوا لِما لا اختلافَ فيه من اعتبارِ المنكوحاتِ من نِساءِ الأرحامِ فالأجنبيّاتُ (أو جُهِلَ مهرُهُن فأرحامٌ) أي قراباتٌ للأُمِّ من جِهةِ الأبِ أو الأُمِّ فهُنّ هنا أعَمُّ من أرحامِ الفرائِضِ من حيثُ شُمولُه للجَدّاتِ الوارِثاتِ وأخصُّ من حيثُ عدمُ شُمولِه لِبَناتِ العمّاتِ والأخواتِ ونحوِهِما (كجَدّاتٍ وخالاتٍ) لأنّهُنّ أولى بالاعتبارِ من الأجانِبِ تُقدَّمُ القُربى فالقُربى من جِهاتٍ أو جِهةٍ. وقضيّةُ كلامِهِما عدمُ اعتبارِ الأُمِّ واعتُرِضَ بأنّها كيف لا تُعْتَبَرُ وتُعْتَبَرُ أُمُّها ومن ثَمّ قال الماوَرْديُّ والرّويانيُّ تُقدَّمُ الأُمُّ فالأختُ للأُمِّ فالجدّاتُ فإن اجتَمع أُمُّ أبٍ وأُمُّ أُمٍّ فوجوهٌ والذي يُتَّجه استواؤُهما ثمّ الخالةُ ثمّ بَناتُ الأخواتِ أي للأُمِّ ثمّ بَناتُ الأخوالِ ولو لم يكن في نِساءِ عَصَباتِها مَنْ بصِفَتِها فهُنّ كالعدمِ كما صرّح به جمعٌ واعتمده الأذرَعيُّ ولو قيلَ يُعْتَبَرُ النّسَبُ ثمّ يُنْقَصُ أو يُزادُ لِفَقْدِ الصِّفاتِ ما يَليقُ بها نظيرُ ما يأتي لَكان أقرَبَ وكونُ ذاك فيه مُشارَكةٌ في بعضِ الصِّفاتِ بخلافِ هذا لا تأثيرَ له إذْ مَلْحَظُ التّفاوُتِ موجودٌ في الكلِّ وتُعْتَبَرُ الحاضِراتُ منهنّ فإنْ غِبنَ كلُّهُنّ اعْتُبِرْنَ دون أجنبيّاتِ بَلَدِها كما جَزَما به وإن اعتَرَضا فإنْ تعذّرَ أرحامُها فنِساءُ بَلَدِها ثمّ أقرَبُ بَلَدٍ إليها نعم، يُقَدَّمُ منهنّ مَنْ ساكنَها في بَلَدِها قبلَ انتقالِها للأخرى ويُعْتَبَرُ في المُتَفرِّقاتِ أقرَبُهُنّ لِبَلَدِها ثمّ

ويُعْتَبَرُ سِنٌّ وعَقْلٌ ويَسارٌ وبَكارةٌ وثُيوبةٌ وما اخْتَلَفَ به غَرَضٌ، فإن اخْتَصَّتْ بفَضْلٍ أو نَقْصٍ زِيدَ أو نُقِصَ لائِقٌ في الحالِ، ولو سامَحَتْ واحِدةٌ لم تَجِبْ موافَقَتُها، ولو خَفَضْنَ للعَشيرةِ فَقَط اعْتُبِرَ. وَفي وطْءِ نِكاحٍ فاسِدٍ مَهْرُ مِثْلٍ يومَ الوطْءِ، فإنْ تَكرَّرَ فَمَهْرٌ ....

أقرَبُ النّساءِ بها شَبَهًا وتُعْتَبَرُ عربيّةٌ بعربيّةٍ مثلِها وأمةٌ وعَتيقة بمثلِها مع اعتبارِ شَرَفِ السّيِّدِ وخِسّته وقرويّةٌ وبَلَديّةٌ وبَدْويّةٌ بمثلِها.

(تنبيهٌ) عُلِمَ من ضَبْطِ نِساءِ العصبةِ ونِساءِ الأرحامِ بما ذُكِرَ أنّ مَنْ عدا هذينِ من الأقارِبِ كبنت الأخت من الأبِ في حكمِ الأجنَبيّات وكان وجهُه أنّ العادةَ في المهرِ لم تُعْهَدْ إلا باعتبارِ الأولَيين دون الأخيرةِ.

(ويُعْتَبَرُ) مع ذلك (سِنٌّ وعقلٌ ويَسارٌ) وضِدُّها (وبكارةٌ وثُيوبةٌ و) كلُّ (ما اختلف به غَرَضٌ) كجَمالٍ وعِفة وفَصاحةٍ وعلم فمَنْ شاركَتْهُنّ في شيءٍ منها اعْتُبِرَ وإنّما لم يُعْتَبَرْ نحوُ المالِ والجمالِ في الكفاءةِ لأنّ مَدارَها على دَفْعِ العارِ ومَدارُ المهرِ على ما تختَلِفُ به الرّغَباتُ (فإن اختَصَّتْ) عنهُنّ (بفَضلٍ) بشيءٍ مِمّا ذُكِرَ (أو نَقْصٍ) بشيءٍ من ضِدِّه زيدَ عليه أو نَقَصَ عنه (لائقٍ بالحالِ) بحسبِ ما يَراه قاضٍ باجتهادِه (ولو سامَحَتْ واحدةٌ) هي مِثالٌ للقِلّةِ والنُّدْرةِ لا قيْدٌ من نِسائِها (لم تجبْ موافَقَتُها) اعتبارًا بغالِبِهنّ نعم، إنْ كانت مُسامَحَتُها لِنَقْصٍ دخل في النّسَبِ وفَتّرَ الرّغْبةَ فيه اعْتُبِرَ (ولو خَفَضْنَ) كلُّهُنّ أو غالِبُهُنّ (للعَشيرةِ) أي الأقارِبِ (فقط اعْتُبِرَ) في حَقِّهم دون غيرِهم سواءٌ مهرُ الشُّبْهةِ وغيرُها خلافًا للإمامِ بل ذكرَ الماوَرْديُّ أنّهُنّ لو خَفَضْنَ لِدَناءَتِهِنّ لِغيرِ العشيرةِ فقط اعْتُبِرَ أيضًا وكذا لو خَفَضْنَ لِذَوي صِفة كشَبابٍ أو علم وعلى هذا يُحْمَلُ قولُ جمعٍ يُعْتَبَرُ المهرُ بحالِ الزوجِ أيضًا من نحوِ علم فقد يُخَفَّفُ عنه دون غيرِه ومَرَّ أنّهُنّ لو اعتَدْنَ التّأجيلَ فرَضَ الحاكِمُ حالاً ونَقَصَ لائقًا بالأجَلِ فإذا اعتَدْنَ التّأجيلَ في كلِّه أو بعضِه نَقَصَ لِلتعجيلِ ما يَليقُ بالأجَلِ ويظهرُ أنّه إذا اعْتيدَ التّأجيلُ بأجلٍ مُعَيَّنٍ مُطَّرِدٍ جازَ للوَليِّ ولو حاكِمًا العقدُ به وذلك النّقْصُ الذي ذكروه مَحَلُّه في فرضِ الحاكِمِ لأنّه حكمٌ بخلافِ مُجَرَّدِ العقدِ به ثمّ رأيت السُّبْكيَّ ذكرَ ذلك تَفَقُّهًا والعِمْرانيَّ سبقَه إليه حيثُ قال بخلافِ المُسَمّى ابتداءً كأنْ زَوّجَ صَغيرةً وكانتْ عادةُ نِسائِها أنْ يُنْكَحْنَ بمُؤَجَّلٍ وبِغيرِ نَقْدِ البلَدِ فإنّه يَجوزُ له الجرْيُ على عادَتِهِنّ وقد يُجابُ بأنّ الاحتياطَ للمولّيةِ اقتضى تعيُّنَ الحالِ لكن مع نَقْصِ ما يَليقُ بالأجَلِ الذي اعتَدْنَه ويُؤَيِّدُه ما مَرَّ أنّ الوليَّ لا يَبيعُ به وإن اعْتيدَ إلا لِمَصْلَحةٍ. وعلى اعتمادِ البحثِ فالذي يظهرُ أنّه يُشْتَرَطُ هنا ما في الوليِّ إذا باعَ بمُؤَجَّلٍ للمَصْلَحةِ من يَسارِ المشتري وعدالَته وغيرِهما وأنّه يُشْتَرَطُ أيضًا فيمَنْ يعتَدْنَه أنْ يعتَدْنَ أجَلاً مُعَيَّنًا مُطَّرِدًا فإن اختلفنَ فيه احتُمِلَ إلغاؤه واحتُمِلَ اتِّباعُ أقَلِّهِنّ فيه، (وفي وطْءِ نِكاحٍ فاسِدٍ) يجبُ (مهرُ المثلِ) لاستيفائِه منفعةَ البُضْعِ ويُعْتَبَرُ مهرُها (يومَ الوطءِ) أي وقتَه لأنّه وقتُ الإتلافِ لا العقدِ لِفَسادِه (فإنْ تكرّرَ) ذلك (فمهرٌ) واحدٌ ولو في نحوِ مجنونةٍ لاتِّحادِ الشُّبْهةِ في الكلِّ فلا نَظَرَ لِكونِها سلّطَتْه أو لا خلافًا لِما بحثه الأذْرَعيُّ ثمّ إن

في أعْلَى الأحْوالِ. قُلْت: ولو تَكَرَّرَ وطْءٌ بشُبْهةٍ واحِدةٍ فَمَهْرٌ، فإنْ تَعَدَّدَ جِنْسُها تَعَدَّدَ المهْرُ.

ولو كَرَّرَ وطْءَ مَغْصوبةٍ أو مُكْرَهةً على زِنًا تَكَرَّرَ المهْرُ.

ولو تَكَرَّرَ وطْءُ الأبِ والشّريكِ وسَيِّدٍ مُكاتَبةً فَمَهْرٌ، وقيلَ مُهورٌ، وقيلَ إن اتَّحَدَ المجْلِسُ فَمَهْرٌ، وإلّا فَمُهورٌ واللّه أعْلَمُ.

اتَّحَدَتْ صِفاتُها في كلِّ تلك الوطَآت فواضِحٌ وإلا كأنْ كانت في بعضِ الوطَآت مثلاً سليمةً سمينةً وفي بعضِها بضِدِّ ذلك اعْتُبِرَ مهرُها (في أعلى الأحوالِ) إذْ لو لم توجَدْ إلا بتلك الوطأةِ وجَبَ ذلك العالي فإنْ لم تقتَضِ البقيّةُ زيادةً لم تقتَضِ نَقْصًا.

(قُلت ولو تكرَّرَ وطْءٌ بشُبهةٍ واحدةٍ فمهرٌ) واحدٌ لِشُمولِ الشُّبْهةِ هنا للكلِّ أيضًا. وخَصَّه العِراقيّون فيما إذا لم يَطَأْ بعدَ أداءِ المهرِ وإلا وجَبَ لِما بعدَ أدائِه مهرٌ آخرُ واستَحْسَنَه الأذرَعيُّ وجزم به غيرُه ويشهَدُ له ما مَرَّ في الحجِّ أنّ مَحَلَّ تَداخُلِ الكفّارةِ ما لم يتخَلَّلْ تَكْفيرٌ وإلا وجَبَتْ أخرى لِما بعدُ وهَكذا ولا يجبُ مهرٌ لِحربيّةٍ أو مُرْتَدّةٍ ماتتْ مُرْتَدّةً أو أمةِ سيِّدِه التي وطِئَها بشُبهةٍ (فإنْ تعدَّدَ جنسُها) كأنْ وطِئَها بنِكاحٍ فاسِدٍ ثمّ يَظُنُّها أمَتَه أو اتَّحَدَ وتعدَّدَتْ هي كأنْ وطِئَها بظَنِّها زوجتَه ثمّ انكشَفَ الحالُ ثمّ وطِئَها بذلك الظَّنِّ (تعدَّدَ المهرُ) لأنّ تعدُّدَها كتعدُّدِ النّكاحِ، (ولو كرَّرَ وطْءَ مغصوبةٍ) غيرِ زانيةٍ كنائِمةٍ أو مَكْروهةٍ أو مُطاوِعةٍ لِشُبهةٍ اختَصَّتْ بها (أو مُكْرَهةٍ على زِنًا) وإنْ لم تكن مغصوبةً إذْ لا يلزمُ من الوطءِ ولو مع الإكْراه الغصبُ فزَعْمُ شارحٍ اختصاصُ الأولى بالمُكْرَهةِ وأنّه لا وجهَ لِعَطْفِ هذه عليها غَلَطٌ فاحِشٌ (تكرَّرَ المهرُ) لأنّ سببَه الإتلافُ وقد تعدَّدَ بتعدُّدِ الوطَآت، (ولو تكرَّرَ وطْءُ الأبِ) جاريةَ ابنِه ولم تَحْمِلْ (والشّريكِ) الأمةَ المشترَكةَ (وسيِّدٍ) بالتنوينِ ويَجوزُ تركُه (مُكاتَبةً) له أو لِمُكاتَبه (فمهرٌ) واحدٌ فيهنّ وإنْ طالَ الزّمانُ بين كلِّ وطْأتَين كما شَمِله كلامُهم لاتّحادِ الشُّبْهةِ في جميعِهِنّ (ولو قيلَ مُهورٌ) لِتعدُّدِ الإتلافِ في ملكِ الغيرِ مع العلمِ بالحالِ.

(وقيلَ إن اتَّحَدَ المجلِسُ فمهرٌ وإلا فمُهورٌ واللّه أعلمُ) لانقطاعِ كلِّ مجلِسٍ عن الآخرِ ومَحَلُّ ما ذُكِرَ في المُكاتَبةِ إنْ لم تَحْمِلْ فإنْ حَمَلَتْ خُيِّرَتْ بين بَقاءِ الكِتابةِ وفسخِها لِتَصيرَ أُمَّ ولَدٍ فإن اختارَت الأوّلَ وجَبَ مهرٌ فإذا وطِئَها ثانيًا خُيِّرَتْ كذلك. فإن اختارَت الأوّلَ فمهرٌ آخرُ وهَكذا ذكرَه جمعٌ عن النّصِّ واعتَمَدوه ولا يخلو عن نَظَرٍ ولأنّها باختيارِها الأوّلَ كلَّ مَرّةٍ تَصيرُ الشُّبْهةُ واحدةً وهي الملكُ فلم يظهرْ لِلتَّعَدُّدِ وجهٌ كما هو واضِحٌ على أنّ الحملَ لا خُصوصيّةَ له في ذلك ولو فُرِضَ اعتمادُه ومن ثَمّ حَذَفَه شارحٌ.

(تنبيهٌ) العبرةُ في الشُّبْهةِ الموجِبةِ للمهرِ بظَنِّها كما مَرَّ وحينئذٍ فهل العبرةُ في التّعَدُّدِ بظَنِّها أو بظَنِّه أو يُفَرَّقُ بين أنْ تكون الشُّبْهةُ منهما فيُعْتَبَرُ ظَنُّه لأنه أقوى أو منها فقط فيُعْتَبَرُ ظَنُّها ؟ كلٌّ مُحْتَمَلٌ والأخيرُ أوجَهُ.

فَصْلٌ

الفُرْقةُ قبلَ وطْءٍ منها أو بسَبَبِها كَفَسْخِه بعَيْبِها تُسْقِطُ المهْرَ. وَما لا كَطَلاقٍ ....

فصل في تَشطيرِ المهرِ وسُقوطِه

(الفُرْقة) في الحياةِ كما عُلِمَ من كلامِه السّابِقِ (قبلَ وطْءٍ) في قُبُلٍ أو دُبُرٍ ولو بعدَ استدخالِ مَنيٍّ كما مَرَّ (منها) كفسخِها بعَيْبِه أو بإعسارِه أو بعتقِها وكرِدَّتها أو إسلامِها تبَعًا كما قاله القفّالُ وأمّا جَزْمُ شيخِنا بأنّه لا فرقَ تبَعًا لابنِ الحدّادِ فهو لا يُلائِمُ ما قالوه فيما لو أرضَعَتْه أُمُّها أو أرضَعَتْها أُمُّه بجامِعِ أنّ إسلامَ الأُمِّ كإرضاعِها سواءٌ فكما لم ينظُروا لإرضاعِها فكذلك لا ينظُروا لإسلامِها ولا ما حَكاه الغزاليُّ عن الأصحابِ من التّشطيرِ فيما لو طَيَّرَت الرّيحُ نُقطةَ لَبَنٍ من الحالِبةِ إلى فيها فابتَلَعَتْها بل مسألةُ الرّضاعِ الثانيةُ أولى إذْ منها فعلٌ وهو المصُّ والازْدِرادُ ولم ينظُروا إليه والمسلمةُ تبَعًا لا فعلَ منها ألبَتّةَ وقد جَرى الشيخُ في رِدَّتِهما مَعًا على التّشطيرِ تَغْليبًا لِسببِه فقياسُه هنا ذلك إذِ الفُرْقة نَشأَتْ من إسلامِها وتَخلُّفِه فلْيَغْلِبْ سببُه أيضًا ويأتي في المُتْعةِ أنّ إسلامَها تبَعًا كإسلامِها استقلالاً فلا مُتْعةَ ولا يُرَدُّ لأنّ الشّطْرَ أقوى لِقولِهم وجوبُه آكدُ فلم يُؤَثِّرْ فيه إلا مانِعٌ قويٌّ بخلافِ المُتْعةِ أو إرْضاعِها له أو لِزوجةٍ أخرى له أو ملكِها له أو ارتضاعِها كأنْ دَبَّتْ وارتَضَعَتْ من أُمِّه مثلاً (أو بسببِها كفسخِه بعَيبِها) ولو الحادِثَ أو منهما.

كأن ارتَدّا مَعًا على الأوجَه من تَناقُضِ المُتأخِّرين في فهمِ كلامِ الرّافِعيِّ وفي التّرجيحِ حتى ناقَضَ جمعٌ منهم نُفوسَهم في كُتُبِهم وذلك لأنّهم لم ينظُروا لِما من الزوجِ إلا حيثُ انتفَى سبَبُها كما صرّح به المتنُ وغيرُه وهو هنا لم ينتَفِ فغلب لأنّ المانِعَ للوجوبِ مُقَدَّمٌ على المقتضي له وتصريحُ الرّويانيِّ بالتّشطيرِ ضعيفٌ ويُفَرَّقُ بينه وبين الخُلْعِ بأنّه لا سبَبَ لها فيه وإنّما غايَتُه أنّ بَذْلَها حامِلٌ عليه والفرقُ ظاهرٌ بين السّبَبِ والحامِلِ عليه عُرْفًا أو من سيِّدِها كأنْ وطِئَ أَمَتَه المُزَوَّجةَ لِبعضِه أو أرضَعَتْ أَمَتَها مع زوجِها (تُسقِطُ المهرَ) المُسَمَّى ابتداءً والمفروضَ بعُدوٌّ مهرِ المثلِ لأنّ فسخَها إتلافٌ للمُعَوَّضِ قبلَ التّسليم فأسقَطَ عِوَضَه كإتلافِ البائِعِ المبيعَ قبلَ القبضِ وفسخُه النّاشِئُ عنها كفسخِها وإنّما لم يلزم أباها المُسلِمَ مهرٌ لها مع أنّه فوَّتَ بَدَلَ بُضْعِها بناءً على أنّ تَبعيَّتَها فيه كاستقلالِها بخلافِ المُرْضِعةِ يلزمُها المهرُ وإنْ لَزِمَها الإرضاعُ لِتعيُّنِها لأنّ لها أُجْرةً تُجْبِرُ ما تَغْرَمُه والمسلمُ لا شيءَ له فلو غَرِمَ لَنَفَرَ عن الإسلامِ ولَأجحفنا به وجعلَ عَيْبَها كفسخِها ولم يَجْعَلْ عَيْبَه كفِراقِه لأنّه بَذَلَ العِوَضَ في مُقابَلةِ مَنافِعَ سليمةٍ ولم تَتِمَّ بخلافِها وإنّما مُكِّنَتْ من الفسخِ مع أنّ ما قبضتْه سليمٌ لِدَفْعِ ضَرَرِها فإذا اختارَتْ دَفْعَه فلْتَرُدَّ بَدَلَه (وما لا) يكونُ منها ولا بسببِها (كطلاقٍ) ولو خُلْعًا أو رجعيًّا بأن استَدْخَلَتْ ماءَه ويُفَرَّقُ بين هذا وإسقاطِ الخُلْعِ إثمَ الطّلاقِ البِدْعيِّ بأنّ المدارَ ثَمَّ على ما يُحقِّقُ الرِّضا منها بلُحوقِ الضّرَرِ وقد وُجِدَ ولا كذلك هنا وإنْ فوَّضَه إليها فطَلَّقت نفسَها أو عَلَّقَه

وإسلامِه ورِدَّتِه ولِعانِه وإرْضاعِ أُمِّه أو أُمِّها يُشَطِّرُهُ. ثُمَّ قيلَ: معنى التَّشْطيرِ أنَّ له خيارَ الرُّجوعِ، والصّحيحُ عَوْدُه بنفسِ الطَّلاقِ، فلو زادَ بعده فَلَه.
وإنْ طَلَّقَ والمهْرُ تالِفٌ فَنِصْفُ بَدَلِه من مِثْلٍ أو قيمةٍ. وإنْ تَعَيَّبَ في يَدِها، فإنْ قَنِعَ به وإلّا فَنِصْفُ قيمَتِه سَليمًا، ....

بفعلِها ففعلَتْ (وإسلامِه) ولو تبَعًا (ورِدَّته ولِعانِه وإرضاعِ أُمِّه) لها وهي صَغيرةٌ (أو) إرْضاعِ (أُمِّها) له وهو صَغيرٌ وملكِه لها (يشطُرُه) أي بنصفِه لِلنّصِّ عليه في الطّلاقِ بقولِه تعالى ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البقرة:٢٣٧] وقياسًا عليه في الباقي ومَرَّ أنّه لو زَوَّجَ أمَتَه بعبدِه فلا مهرَ فلو عَتَقا ثمّ طَلَّقَ قبلَ وطْءٍ فلا شَطْرَ ومثلُه ما لو أذِنَ لِعبدِه في أنْ يتزَوَّجَ أمةَ غيرِه برقَبَته ففعلَ ثمّ طَلَّقَ قبلَ الوطءِ فيرجعُ الكلُّ لِمالِكِ الأمَه أمّا النّصفُ المُستَقِرُّ فواضِحٌ وأمّا النّصفُ الرّاجعُ بالطّلاقِ فهو إنّما يرجعُ لِلزوجِ إنْ تأهَّلَ وإلا فلِمَنْ قامَ مَقامَه وهو هنا مالِكُه عندَ الطّلاقِ لا العقدِ لأنّه صار الآنَ أجنبيًّا عنه بكلِّ تقديرٍ ولو أعتَقَه مالِكُه أو باعَه ثمّ انفَسَخَ أو طَلَّقَ قبلَ وطْءٍ رجع هو أو سيِّدُه على المُعتقِ أو البائعِ بقيمَته أو نصفِها لأمِّه ومشتريه حينئذٍ المُستَحِقُّ عندَ الفِراقِ وفي مسخِ أحدِهما حَجَرًا أو حيوانًا كَلامٌ مُهِمٌّ في شرحِ الإرشادِ فراجِعْه.

(ثم قيلَ معنى التشطيرِ أنّ له خيارَ الرُّجوعِ) في النّصفِ إنْ شاءَ تَمَلَّكه وإنْ شاءَ تَرَكه إذْ لا يُمْلَكُ قهْرًا غيرُ الإرثِ (والصّحيحُ عَوْدُه) أي النّصفِ إليه إنْ كان هو المُؤَدّي عن نفسِه أو أدّاه عنه وليُّه وهو أبٌ أو جَدٌّ وإلا عادَ للمُؤَدّي كما رجحاه وإنْ أطالَ الأذرعيُّ في خلافِه (بنفسِ الطّلاقِ) يعني الفِراقَ وإنْ لم يختره للآيةِ ودعوَى الحصْرِ ممنوعةٌ ألا ترى أنّ السّالِبَ. يملكُ قهْرًا وكذا مَنْ أخذَ صَيْدًا ينظُرُ إليه نعم، لو سلَّمَه العبدُ من كسبه أو مالِ تجارَته ثمّ فسَخَ أو طَلَّقَ قبلَ وطْءٍ عادَ النّصفُ أو الكلُّ لِلسَّيِّدِ عندَ الفِراقِ لا الإصداقِ ووقع لِشارحٍ عكسُ ذلك وهو سبقُ قلَم فإنْ عَتَقَ ولو مع الفِراقِ عادَ له وإذا فرَّعْنا على الصّحيحِ أو كان الفِراقُ منها (فلو زاد) الصّداقُ (بعدَه) أي الفِراقِ (فله) كلُّ الزّيادةِ المُتَّصِلةِ والمُنْفَصِلةِ أو نصفُها لِحُدوثِها من ملكِه أو من مشترَكٍ بينهما أو نَقَصَ بعدَ الفِراقِ في يَدِها ضَمِنَت الأرشَ كلَّه أو نصفَه إنْ تعدَّتْ بأنْ طالَبَها فامتنعتْ وكذا إنْ لم تَتعدَّ أي لأنّ يَدَها عليه يَدُ ضمانٍ وملكُه له بنفسِ الفِراقِ مُستَقِرٌّ وبه يُفَرَّقُ بين هذا وما مَرَّ فيما لو تعيَّبَ الصّداقُ بيَدِه قبلَ قبضِها لأنّ ملكها الآنَ لم يستَقِرَّ فلم يقوَ على إيجابِ أرشٍ لها كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ ثمّ رأيتهم عَلَّلوه بأنّه مقبوضٌ عن مُعاوَضةٍ كالمبيعِ في يَدِ المشتري بعدَ الإقالةِ وهو صريحٌ فيما ذكرْته أو في يَدِه فكذلك إنْ جَنَى عليه أجنَبِيٌّ أو هيَ.

(وإنْ طَلَّقَ) مثلًا (والمهرُ) الذي قبضتْه (تالِفٌ) ولو حكمًا (ف) له (نصفُ بَدَلِه من مثلٍ) في مثليٍّ (أو قيمةٍ) في مُتَقَوِّمٍ كما لو رَدَّ المبيعَ فوَجَدَ ثمنَه تالِفًا (فإنْ تعيَّبَ في يَدِها) قبلَ محوِ الطّلاقِ (فإنْ قنعَ الزوجُ به) أي بنصفِه مَعيبًا أخذَه بلا أرشٍ (وإلا) يقنع به (فنصفُ قيمَته سليمًا) في المُتَقَوِّمِ ونصفُ مثلِه

وإنْ تَعَيَّبَ قبلَ قَبْضِها فَلَه نِصْفُه ناقِصًا بلا خيارٍ، فإنْ عابَ بجِنايةٍ وأخَذَتْ أرشَها فالأصَحُّ أنّ له نِصْفَ الأرشِ. ولها زيادةٌ مُنْفَصِلةٌ، ولها خيارٌ في مُتَّصِلةٍ، فإنْ شَحَّتْ فَنِصْفُ قيمةٍ بلا زيادةٍ، وإنْ سَمَحَتْ لَزِمَه القبولُ.

سليمًا في المثليِّ والتعبيرُ بنصفِ القيمةِ وبِقيمةِ النّصفِ وهي أقَلُّ وقَعَ في كلامِ الشافعيِّ والجمهورِ فإمّا أنْ يكون تَناقُضًا وهو ما فهِمَه كثيرون وإمّا أنْ يكون مُؤدّاهما عندَهم واحدًا وعليه يحتَمِلُ تأويلَ الأولى لِتَوافُقِ الثانيةِ بأنّ المُرادَ كلٌّ من النّصفَين على حِدَته ويحتَمِلُ عكسُه بأنْ يُرادَ قيمةُ النّصفِ مُنْضَمًّا لِلنّصْفِ الآخرِ والأوجَه من ذلك كلِّه ما في المتنِ وصَوَّبَه في الروضةِ أنّه يرجعُ بنصفِ القيمةِ الذي هو أكثرُ من قيمةِ النّصفِ رِعايةً له كما روعيَتْ هي في تخبيرِها الآتي مع كونِه من ضمانِها **(وإنْ تعيَّبَ قبلَ قبضِها)** له بآفة ورَضيَتْ به **(له نصفُه ناقِصًا بلا خيارٍ)** ولا أرشَ لأنّه حالةَ نَقْصِه من ضمانِه **(فإنْ عابَ بجنايةٍ وأخذَتْ أرشَها)** يعني كان الجاني مِمَّنْ يضمنُ الأرشَ وإنْ لم تأخُذْه بل وإنْ أبرَأتْه عنه ولو رَدَّتْه له سليمًا.

(فالأصحُ أنّ له نصفَ الأرشِ) مع نصفِ العين لأنّه بَدَلُ الفائِت وبه فارَقَ الزّيادةَ المُنْفَصِلةَ، **(ولها)** إذا فارَقَ ولو بسببِها **(زيادةٌ)** قبلَ الفِراقِ **(مُنْفَصِلةٌ)** كثمرةٍ ووَلَدٍ وأُجرةٍ ولو في يَدِه فيرجعُ في الأصلِ أو نصفِه أو بَدَلِه دونَها لِحُدوثِها في ملكِها والفِراقُ إنّما يقطَعُ ملكها من حينِ وجودِه لا قبله كرُجوعِ الواهِبِ نعم، في ولَدِ الأمةِ الذي لم يُمَيِّزْ تَتعيَّنُ قيمةُ الأُمِّ أو نصفُها حَذَرًا من التّفريقِ المُحَرَّمِ وإنْ قالَ آخُذُ نصفَها بشرطِ أنْ لا أُفَرِّقَ بينهما على الأوجَه ولو كان الولدُ حملاً عندَ الإصداقِ فإنْ رَضيَتْ رجع في نصفِهما وإلا فله قيمةُ نصفِه يومَ الانفِصالِ مع نصفِ قيمَتها إنْ لم يُمَيِّزْ ولَدُ الأمةِ هذا إنْ لم تنقُصْ بالولادةِ في يَدِها وإلا تَخَيَّرَ فإنْ شاءَ أخذَ نصفَها ناقِصًا أو رجع بنصفِ قيمَتها حينئذٍ فإنْ كان النّقْصُ في يَدِه رجع في نصفِها وإنّما نَظَروا هنا لِمَنِ النّقْصُ بالولادةِ في يَدِه لأنّ الولدَ ملكُهما مَعًا فلم ينظُروا لِسببه إذْ لا مُرَجِّحَ وبه يُفَرَّقُ بين هذا وما لو حَدَثَ الولدُ بعدَ الإصداقِ في يَدِه ثمّ وُلِدَتْ في يَدِها فإنّ الذي اقتضاه كلامُ الرّافِعيِّ أنّه من ضمانِه نَظَرًا إلى أنّ السّبَبَ وُجِدَ في يَدِه وإنْ كان الولدُ لها **(و)** لها فيما إذا فارَقَها بعدَ زيادةٍ مُتَّصِلةٍ **(خيارٌ في مُتَّصِلةٍ)** كسِمَنٍ وحِرْفة وليس منها ارتفاعُ سوقٍ **(فإنْ شَحَّتْ)** فيها وكان الفِراقُ لا بسببِها **(ف)** له ولو مُعْسِرةً **(نصفُ قيمةٍ)** للمهرِ بأنْ يُقَوَّمَ **(بلا زيادةٍ)** ومَنَعَ المُتَّصِلةَ لِلرُّجوعِ من خَصائِصِ هذا المحَلِّ العودُ هنا ابتداءُ تَمَلُّكٍ لا فسخٌ ومن ثَمّ لو أمهَرَ العبدُ من كسبه أو مالِ تجارَته ثمّ عَتَقَ عادَ إليه كما مَرَّ آنِفًا ولو كان فسخًا لَعادَ لِمالِكِه أوّلاً وهو السّيِّدُ **(وإنْ سمَحَتْ)** بالزّيادةِ وهي رَشيدةٌ **(لَزِمَه القبولُ)** لأنّها لِكونِها تابعةً لا تَظْهَرُ فيها المِنّةُ فليس له طَلَبُ القيمةِ هذا كلُّه إنْ لم يَعُدْ إليه كلُّ الصّداقِ وإلا فإنْ كان بسببِ مُقارِنٍ للعقدِ كعَيْبِ أحدِهما رجع إليه بزيادَته المُتَّصِلةِ وإنْ لم ترضَ هي كفسخِ البيعِ بالعيْبِ وإنْ كان بسببِ عارِضٍ كرِدَّتها تَخَيَّرَتْ بين أنْ تُسلِّمَه زائِدًا وأنْ تُسلِّمَ قيمَته غيرَ زائِدٍ.

وإنْ زادَ ونَقَصَ كَكِبَرِ عبدٍ وطولِ نَخْلةٍ وتَعَلُّمِ صَنْعةٍ مع بَرَصٍ، فإن اتَّفَقا بنِصْفِ العيْنِ، وإلّا فَنِصْفُ قيمةٍ، وزراعةُ الأرضِ نَقْصٌ، وحَرْثُها زيادةٌ، وحَملُ أمةٍ وبَهيمةٍ زيادةٌ ونَقْصٌ. وقيلَ: البهيمةُ زيادةٌ، وإطْلاعُ نَخْلٍ زيادةٌ مُتَّصِلةٌ. وإنْ طَلَّقَ وعليه ثَمَرٌ مُؤَبَّرٌ لم يَلْزَمها قَطْفُه، فإنْ قَطَفَتْ تَعَيَّنَ نِصْفُ النّخْلِ، ولو رَضيَ بنِصْفِ النّخْلِ وتَبْقيةِ الثّمَرِ إلى جِدادِه أُجْبِرَتْ في الأَصَحِّ، ويَصيرُ النّخْلُ في يَدِها، ....

(وإنْ) فارَقَ لا بسببِها وقد (زاد) من وجهٍ (ونَقَصَ) من وجهٍ (ككِبَرِ عبدٍ) كِبَرًا يمنعُ دخولَه على الحريمِ وقَبولَه لِلرّياضةِ والتعليمِ ويقوَى به على الأسفارِ والصّنائعِ فالأوّلُ نَقْصٌ والثاني زيادةٌ فخَرَّجَ مَصيرُ ابنِ سنةٍ ابنَ نحوِ خمسٍ فزيادةٌ محضةٌ ومَصيرُ شابٍّ شيخًا فنَقْصٌ محضٌ (وطولِ نَخلةٍ) بحيثُ قلَّ به ثمرُها وكثُرَ به حَطَبُها (وتعلُّمِ صَنعةٍ مع) حُدوثِ نحوِ (بَرَصٍ فإن اتَّفَقا) على أنّه يرجعُ (بنصفِ العينِ) فظاهرٌ لأنّ الحقَّ لا يعدوهما (وإلا فنصفِ قيمةٍ للعَينِ) مُجَرَّدةٍ عن زيادةٍ ونَقْصٍ لأنّه الأعدَلُ ولا يُجْبَرُ هو على أخذِ نصفِ العينِ لِلنّقْصِ ولا هي على إعطائِه لِلزّيادةِ (وزراعةُ الأرضِ نَقْصٌ) محضٌ لأنّها تُذْهِبُ قوّتَها غالبًا (وحرثُها زيادةٌ) فإن اتَّفَقا على نصفِها محروثةً أو مَزروعةً وتُرِكَ الزّرْعُ للحَصادِ فواضِحٌ وإلا رجع بنصفِ قيمَتِها مُجَرَّدةً عن حرثٍ وزَرْعٍ هذا إن اتُّخِذَتْ لِلزّراعةِ كما بأصلِه وكان في وقته وإلا فهو نَقْصٌ محضٌ فاستَغْنَى عنه بقَرينةِ السّياقِ إذْ هو في أرضٍ لِلزّراعةِ (وحملُ أمةٍ وبهيمةٍ) وُجِدَ بعدَ العقدِ ولم ينفصلْ عندَ الفِراقِ (زيادةٌ) لِتَوَقُّعِ الولدِ (ونَقْصٌ) لأنّ فيه الضّعْفَ حالاً وخوفَ الموت مَآلاً (وقيلَ البهيمةُ) حملُها (زيادةٌ) محضةٌ لأنّها لا تَهْلِكُ به غالبًا بخلافِ الأمةِ وردّوه هنا وإنْ وافَقَه كلامُهما في خيارِ البيعِ أنّه عَيْبٌ في الأمةِ فقط بأنّه فيها يُفْسِدُ اللّحْمَ ومن ثَمَّ لم تَجُز التّضْحيةُ بحامِلٍ كما سيأتي وما هنا لا يُقاسُ بالبيعِ كما هو ظاهرٌ إذِ المدارُ ثَمّ على ما يُخِلُّ بالمُعاوَضةِ وهنا على ما فيه جَبْرٌ للجانِبَين على أنّ كلامَهما قبلَ الإقالةِ يقتضي أنّه فيهما إنْ حَصَلَ به نَقْصٌ فعيبٌ وإلا فلا (وأطلاعُ نَخلٍ) لم يُؤَبَّرْ عندَ الفِراقِ (زيادةٌ مُتَّصِلةٌ) فيُمْنَعُ الزوجُ من الرُّجوعِ القهْريِّ لِحُدوثِها بملكِها ولو رَضيَتْ بأخذِه له مع النّخلِ أُجْبِرَ على قبولِه وظُهورُ النّوْرِ في غيرِ النّخلِ بدونِ نحوِ تَساقُطِه كبُدوِّ الطّلْعِ من غيرِ تأبيرٍ، (وإنْ طَلَّقَ) مثلاً (وعليه ثمرٌ مُؤَبَّرٌ) بأنْ تَشَقَّقَ طَلْعُه أو وُجِدَ نحوُ تَساقُطِ نَوْرِ غيرِه وقد حَدَثَ بعدَ الإصداقِ ولم يدخلْ وقتُ جُذاذِه (لم يلزمْها قطفُه) ليرجعَ هو لِنصفِ نحوِ النّخلِ لأنّه حَدَثَ في ملكِها بل لها إبقاؤُه إلى جُذاذِه وإن اعْتيدَ قطفُه أخضَرَ لكن نَظَرَ فيه الأذرَعيُّ ويُرَدُّ بأنّ نَظَرَهم لِجانِبِها أكثرُ جَبْرًا لِما حَصَلَ لها من كسرِ الفِراقِ ألغَى النّظَرَ إلى هذا الاعتيادِ وأوجَبَ الفرقَ بينها وبين ما مَرَّ في البيعِ (فإنْ قطَفَ) أو قالت ارجِعْ وأنا أقطِفُه (تعيَّنَ نصفُ) نحوِ (النّخلِ) حيثُ لا نَقْصَ في الشّجرِ حَدَثَ منه ولا زَمَنَ للقَطْفِ يُقابَلُ بأجرةٍ إذْ لا ضَرَرَ عليه حينئذٍ بوجهٍ (ولو رَضيَ بنصفِ) نحوِ (النّخلِ وتبقيةِ الثمرِ إلى جُذاذِه) وقبض النّصفَ شائعًا بحيثُ بَرِئَتْ من ضمانِه (أُجبِرَتْ) على ذلك (في الأصحِّ) إذْ لا ضَرَرَ عليها فيه (ويَصيرُ النّخلُ في يَدِهما) كسائِرِ الأموالِ

ولو رَضيَتْ به فَلَه الامتِناعُ والقيمةُ. وَمَتَى ثَبَتَ خيارٌ له أو لَها لم يَملِكْ نِصْفَه حتّى يَخْتارَ ذو الاخْتيارِ. وَمَتَى رجع بقيمةٍ اعْتُبِرَ الأَقلُّ من يومَي الإصْداقِ والقبْضِ. ولو أصْدَقَ تعْليمَ قُرآنٍ ....

المشترَكةِ ومن ثَمَّ كانا في السّقْيِ كشريكين في الشّجَرِ انفرَدَ أحدُهما بالثمَرِ أمّا إذا لم يقبِضْه كذلك قال أرضى بنصفِ النّخْلِ وأُؤَخِّرُ الرُّجوعَ إلى بعدِ الجُذاذِ أو أرجِعُ في نصفِه حالاً ولا أقبِضُه إلا بعدَ الجُذاذِ أو وأُعيرُها نصفي فلا يُجابُ لِذلك قطعًا وإنْ قال لها أبرَأتُك من ضمانِه لإضرارِها لأنّها لا تبرأُ بذلك فإنْ قال أقبِضُه ثمّ أودِعُها إيّاه ورَضيَتْ بذلك أُجْبِرَتْ إذْ لا ضَرَرَ عليها حينئذٍ وإلا فلا وعلى هذا يُحْمَلُ إطلاقُ مَنْ أطلقَ أنّ قوله أودِعُها كقولِه أُعيرُها (ولو رَضيَتْ به) أي الرُّجوعِ في نصفِ الشّجَرِ وتَرَك ثمرَها للجُذاذِ (فله الامتناعُ) منه (والقيمةُ) أي طَلَبُها لأنّ حَقَّه ناجِزٌ في العينِ أو القيمةِ فلا يُؤَخَّرُ إلا برِضاه ولو وهَبَتْه نصفَ الثمَرِ لم يُجْبَرْ على القبولِ لِزيادةِ المِنّةِ هنا بخلافِه فيما مَرَّ في الطّلْعِ فإنْ قبِلَ اشتراكًا فيهما وقيلَ يُجْبَرُ وأطالوا في الانتصارِ له، (ومتى ثَبَتَ خيارٌ له) لِنَقْصٍ (أو لها) لِزيادةٍ أو لهما لاجتماعِهِما (لم يملكْ هو) نصفَه (حتى يختارَ ذو الاختيارِ) من أحدِهِما أو منهما وإلا لَبَطَلَتْ فائِدةُ التّخْييرِ وهو على التّراخي لأنّه ليس خيارَ عَيْبٍ ما لم يَطْلُبْ فتُكلَّفُ هي اختيارَ أحدِهِما فوْرًا ولا يُعَيِّنُ في طَلَبه عَيْنًا ولا قيمةً لأنّ التعيين يُنافي تفويضَ الأمرِ إليها بل يُطالِبُها بحَقِّه عندَها فإن امتنعتْ لم تُحْبَس بل تُنْزَعُ منها وتُمْنَعُ من التّصَرُّفِ فيها فإنْ أصَرَّتْ على الامتناعِ باعَ القاضي منها بقدرِ الواجبِ من القيمةِ فإنْ تعذَّرَ بيعُه باعَ الكلَّ وأُعْطيَتْ ما زاد ومع مُساواةِ ثمنِ نصفِ العينِ لِنصفِ القيمةِ يأخُذُ نصفَ العين إذْ لا فائِدةَ في البيعِ ظاهرةٌ أي لأنّ الشِّقْصَ لا راغِبَ فيه غالِبًا قيلَ ظاهرُ كلامِهِما أنّه لا يملكُه أي في الصّورةِ الأخيرةِ بالإعطاءِ حتى يقضيَ له القاضي به وفيه نَظَرٌ ا هـ ويُجابُ بأنّ رِعايةَ جانِبِها لِما مَرَّ تُرَجِّحُ ذلك وتُلْغي النّظَرَ لامتناعِها ومن ثَمَّ جَرى الحاوي وفُروعُه على ذلك.

(ومتى رجع بقيمةٍ) للمُتَقَوَّمِ لِنحوِ زيادةٍ أو نَقْصٍ أو زَوالِ ملكٍ (اعْتُبِرَ الأقَلُّ من يومَي الإصداقِ والقبضِ) لأنّها إنْ كانت يومَ الإصداقِ أقَلَّ فما زاد حَدَثَ بملكِها فلم تَضْمَنْه له أو يومَ القبضِ أقَلَّ فما نَقَصَ قبله من ضمانِه فلم تَضْمَنْه له أيضًا وإطالةُ الإسنَويِّ في اعتراضِ هذا بنُصوصٍ مُصَرِّحةٍ باعتبارِ يومِ القبضِ مَرْدودةٌ بأنّها مفروضةٌ في زيادةٍ ونَقْصٍ حَصلا بعدَ القبضِ فيُعْتَبَرُ هنا يومُ القبضِ نظيرَ ما مَرَّ في الزّكاةِ المُعَجَّلةِ والأوّلُ فيما إذا حَدَثا بعدَ العقدِ وقبلَ القبضِ نظيرُ ما مَرَّ في مَبيعٍ زاد ونَقَصَ قبلَ القبضِ ومن ثَمَّ كان الرّاجِحُ هنا ما مَرَّ ثَمَّ من اعتبارِ الأقَلِّ فيما بين اليومَين أيضًا ولو تَلِفَ في يَدِها بعدَ الفِراقِ وجَبَتْ قيمةُ يومِ التّلَفِ لِتَلَفِه على ملكِه تحتَ يَدٍ ضامِنةٍ له.

(ولو أصدَقَها) (تعليمَ) ما فيه كلْفة عُرْفًا من (قُرآنٍ) ولو دون ثلاثِ آياتٍ على الأوجَه أو نحوِ شِعْرٍ فيه كلْفة ومنفعةٌ تُقْصَدُ شرعًا لاشتمالِه على علمٍ أو مَواعِظَ مثلاً عَيْنًا أو ذِمّةً. ولو لِنحوِ عبدِها أو

وطَلَّقَ قبلَه، فالأَصَحُّ تَعَذُّرُ تَعْليمِهِ. وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ بعد وطْءٍ، ونِصْفُه قَبْله. ولو طَلَّقَ وقد زالَ مِلْكُها عنه ....

ولَدِها الذي يلزمُها إنْفاقُه صَحَّ ولو كان تعليمُ القُرآنِ لِكِتابيّةٍ لكن إنْ رُجيَ إسلامُها (و) متى (طَلَّقَ) مثلاً (قبله) أي تعليمِها هي دون نحوِ عبدِها ولم تَصِرْ زوجةً أو محرَمًا له بحُدوثِ رَضاعٍ أو بأنْ ينكِحَ بنتَها ولا كانت صَغيرةً لا تُشْتَهى وكان التعليمُ بنفسِه (فالأصحُّ تعذُّرُ تعليمِه) وإنْ وجَبَ كالفاتحةِ قبلَ الدُّخولِ وبعدَه لأنّها صارتْ أجنبيّةً فلم تُؤمَنِ المفسدَةُ لِما وقَعَ بينهما من مقرَبِ الأُلفة وامتدادِ طَمَعِ كلٍّ إلى الآخرِ وبه فارَقَ ما مَرَّ من جوازِ النّظَرِ لِلتعليمِ فعُلِمَ أنّه لا نَظَرَ هنا لِما عَلَّلَ به الإسنويُّ التعذُّرَ استحالةِ القيامِ بتعليمِ نصفٍ مُشاعٍ واستحْقاقِ نصفٍ مُعَيَّنٍ تَحَكُّمٌ مع كثرةِ الاختلافِ بطولِ الآياتِ وقِصَرِها وصُعوبَتِها وسُهولَتِها حتى في الصّورةِ الواحدةِ وذلك لِما تقرّر من التّعذُّرِ بعدَ الوطءِ بعدَ استحْقاقِها تعليمَ الكلِّ وأنّه لو أمكنَه أنْ يُعَلِّمَها ما استَحَقَّتْه في مجلِسٍ واحدٍ من وراءِ حِجابٍ بحَضْرةِ مانِعِ خَلْوةٍ رَضيَ بالحُضورِ كمحرَمٍ أو زوجٍ أو امرَأةٍ أخرى وهما ثِقَتانِ يحتَشِمُهما فلا تعذُّرَ.

(تنبية) إذا لم يَتعذَّرْ كأنْ كان لِنحوِ قِنِّها وتَشَطَّرَ فما العبرةُ في النّصفِ الذي يعلِّمُه هل هو باعتبارِ الآياتِ أو الحُروفِ وهل إذا اختلفا في تعيينِه المُجابَ هو أو هي لم أرَ في ذلك شيئًا ويظهرُ اعتبارُ النّصفِ المُتَقارِبِ عُرْفًا بالآياتِ أو الحُروفِ وأنّ الخيرَةَ إليه لا إليها كما اعتَبَروا نيّةَ المدينِ الدّافِعِ دون نيّةِ الدّائنِ المدْفوعِ إليه نعم، الذي يُتَّجه أنّه لا يُجابُ لِنصفٍ مُلَفَّقٍ من سوَرٍ أو آياتٍ لا على ترتيبِ المُصْحَفِ لأنّه لا يُفْهَمُ من إطلاقِ النّصفِ ثمّ رأيت بعضَهم قال إنّ النّصفَ الحقيقيَّ يَتعذَّرُ وإجابةُ أحدِهما تَحَكُّمٌ فيجبُ نصفُ مهرِ المثلِ ا هـ. وهو مَبنيٌّ على ما مَرَّ من الإسنَويِّ وقد عَلِمْتَ رَدَّه وإنّما يلزمُ حيثُ لا مُرَجِّحَ وقد عَلِمْتَ مُرَجِّحَ الزوجِ فالوجه ما ذكرْته فإنْ قُلْت قد تقرّر رِعايةُ جانِبِها بتخييرِها في الزّيادةِ فينبغي إجابَتُها هنا لِذلك قُلْت يُفَرَّقُ بأنّ رِعايتَها لِمَ وقَعَ في أمرٍ تابعٍ وما هنا مقصودٌ بل هو المقصودُ فكان إلحاقُه بمَدينٍ يُؤَدّي ما عليه كما قرَّرْته أولى ثمّ رأيت ما ذُكِرَ عن الإسنَويِّ منقولاً عن نصِّ البوَيْطيِّ ومع ذلك ما ذكرْته أوجَه في المعنى.

(ويجبُ) فيما إذا تعذَّرَ تعليمُ ما أصدقَه (مهرُ مثلٍ) إنْ فارَقَ (بعدَ وطْءٍ ونصفُه) إنْ فارَقَ لا بسببِها (قبله) جَرْيًا على القاعِدةِ في تَلَفِ الصّداقِ قبلَ القبضِ ولو علمها ثمّ فارَقَها بعدَ وطْءٍ فلا شيءَ له والأرجَحُ عليها بأُجرةِ مثلِ الكلِّ إنْ لم يجبْ شَطْرٌ وإلا فبأُجرةِ مثلِ نصفِه أمّا لو أصدَقَها تعليمًا لها في ذِمَّته فلا يَتعذَّرُ بل يستأجِرُ نحوَ امرَأةٍ أو محرَمٍ يُعَلِّمُها ما وجَبَ لها، (ولو طَلَّقَ) مثلاً قبلَ الدُّخولِ وبعدَ قبضِها لِلصَّداقِ (وقد زالَ ملكُها عنه) ولو بهبةٍ مقبوضةٍ أو تعلَّقَ به حَقٌّ لازِمٌ. كرَهْنٍ مقبوضٍ وإجارةٍ وتزويجٍ ولم يَصْبِرْ لِزَوالِ ذلك الحقِّ ولا رَضيَ بالرُّجوعِ مع تعلُّقِه به أو عَلَّقت عتقَه أو دَبَّرَتْه موسِرةً تنزيلاً لِهذا منزلةَ اللاّزِمِ لِتعذُّرِ رُجوعِها فيه بالقولِ ولأنّه ثَبَتَ له مع قُدْرَتِها على الوِفاقِ حَقُّ الحُرّيّةِ والرُّجوعُ يُفَوِّتُه بالكلّيّةِ وعدمُه لا يُفَوِّتُ حَقَّ الزوجِ فوَجَبَ إبقاءُ حَقِّ الحُرّيّةِ لانتفاءِ الضّرَرِ

فَنِصْفُ بَدَلِهِ. فإنْ كان زالَ وعادَ تَعَلَّقَ بالعيْنِ في الأَصَحِّ. ولو وهَبَتْه له ثم طَلَّقَ فالأَظْهَرُ أنّ له نِصْفَ بَدَلِه، وعلى هذا لو وهَبَتْه النِّصْفَ فَلَه نِصْفُ الباقي ورُبُعُ بَدَلِ كُلِّه، وفي قولٍ النِّصْفُ الباقي وفي قولٍ يَتَخَيَّرُ بين بَدَلِ نِصْفِ كُلِّه أو نِصْفِ الباقي ورُبُعِ بَدَلِ كُلِّه، ....

وبهذا فارَقَ نَظائِرَه (فنصفُ بَدَلِه) أي قيمةِ المُتَقَوَّمِ ومثلِ المثليِّ كما لو تَلِفَ وليس له نَقْضُ تَصَرُّفِها بخلافِ الشّفيعِ لِوجودِ حَقِّه عندَ تَصَرُّفِ المشتري وحَقُّ الزوجِ إنّما حَدَثَ بعدُ ولو صَبَرَ. لِزَوالِه وامتنع من تَسَلُّمِه فبادَرَتْ بدَفْعِ البدَلِ إليه لَزِمَه القبولُ لِدَفْعِ خطرِ ضمانِها له (فإنْ كان زالَ وعادَ) أو زالَ الحقُّ اللّازِمُ ولو بعدَ الطّلاقِ قبلَ أخذِ البدَلِ (تعلّقَ) الزوجُ (بالعين في الأصحّ) لأنّه لا بُدَّ له من بَدَلٍ فعيْنُ مالِه أولى وبه فارَقَ نَظائِرَه كما مَرَّ في الفلَسِ، (ولو وهَبَتْه) وأقبَضَتْه (له) بعدَ أنْ قبضتْه أو قبله وصَحَّحْناه (ثمّ طَلَّقَ) مثلاً قبلَ وطْءٍ (فالأظهرُ أنّ له نصفَ بَدَلِه) من مثلٍ أو قيمةٍ لا بَدَلَ نصفِه كما مَرَّ وذلك لِعَوْدِه إليه بملكٍ جَديدٍ فهو كما لو وهَبَ ما اشتراه من بائِعِه ثمّ أفْلَسَ بالثمَنِ فإنّ البائِعَ يُضارِبُ به وكونُ الموهوبِ ثَمَّ غيرَ الثمَنِ المُستَحَقِّ وهنا عَيْنَ المُستَحَقِّ لا أثَرَ له لأنّ عِلّةَ المُقابِلِ وهي كونُها عَجَّلَتْ له ما يستَحِقُّه تَتَأتّى فيما سلَّمَه من مسألةِ المُفْلِسِ فكانتْ حُجّةً عليه (وعلى هذا) الأظهرُ (لو وهَبَتْه النصفَ) ثمّ أقبضتْه له (فله نصفُ الباقي) وهو الرُّبُعُ (ورُبُعُ بَدَلِه كلِّه) لأنّ الهِبةَ ورَدَتْ على مُطْلَقِ النّصفِ فتَشيعُ فيما أخرجَتْه وما أبقته (وفي قولِ النصفِ الباقي) لأنّه استَحَقَّ النّصفَ بالطّلاقِ وقد وجده فانحَصَرَ حَقُّه فيه ومن ثَمَّ سُمِّيَ هذا قولَ الحصْرِ (وفي قولٍ يتخَيَّرُ بين بَدَلِ نصفِ كلِّه) أي نصفِ بَدَلِ كلِّه كما بأصلِه وكأنّه أشارَ لِما مَرَّ أنّه يُمْكِنُ رَدُّ كلٍّ من العبارَتَين إلى الأخرى وأنّ المعتمدَ الثاني (أو) بمعنى الواوِ إذْ هي لا يُعْطَفُ بها في مَدْخولِ بين (نصفِ الباقي ورُبُعِ بَدَلِ كلِّه) لِئَلّا يَلْحقَه ضَرَرُ التّشْطيرِ إذْ هو عَيْبٌ.

(تنبيهٌ) ما صَحَّحوهُ هنا من الإشاعةِ هو من جُزْئيّات قاعِدةِ الحصْرِ والإشاعةِ وهي قاعِدةٌ مُهِمّةٌ تحتاجُ لِمَزيدِ تأمُّلٍ لِدِقة مَدارِكِهم التي حَمَلَتْهم على ترجيحِ الحصْرِ تارةً والإشاعةِ أخرى ولم أرَ مَنْ وجَّهَ ذلك مع مَسِّ الحاجةِ إليه ويَتَّضِحُ بذِكْرِ مِثالٍ لِكلٍّ من جُزْئيّاتها مع توجيهِه بما يَتَّضِحُ به نَظائِرُه فأقولُ هي أربَعةُ أقسامٍ ما نَزَّلوه على الإشاعةِ قطعًا كأنْ يكون له في ذِمَّته عَشَرةٌ وزْنًا فيُعْطيها له عَدًّا فتَزيدُ واحدًا فيَشيعُ في الكلِّ ويضمنُه لأنّه قبضه لِنفسِه جَزَمَ به الرّافِعيُّ وأُخِذَ منه أنّ مَنْ طلب اقتراضَ ألفٍ وخمسِمِائةٍ فوَزَنَ له ألفًا وثمانَمِائةٍ غَلَطًا ثمّ ادَّعى المقترِضُ تَلَفَ الثلَثِمائةِ بلا تقصيرٍ لِكونِ يَدِه يَدَ أمانةٍ لَزِمَه منها مِائتَانِ وخمسون لأنّ جُمْلةَ الزّائِدِ أشيعَ في الباقي فصار المضمونُ من كلِّ مِائةٍ خمسةَ أسداسِها وسُدُسُها أمانةٌ فالأمانةُ من الزّائِدِ خمسون لا غيرُ ويوَجَّه القطعُ بالإشاعةِ هنا بأنّ لِيَدِ المسئوليّةِ على الزّائِدِ المُنْبَهِمِ لا يُمْكِنُ تخصيصُها ببعضِه لِعدمِ المُرَجِّحِ إذْ لا مقتضى لِلضّمانِ أو الأمانةِ قبلها حتى يُحالَ الأمرُ عليه أو على الأصحّ كما هنا ويوَجَّه بأنّ التّشطيرَ وقَعَ بعدَ الهِبةِ فرَفع بعضَها فلَزِمت الإشاعةُ لِعدمِ المُرَجِّحِ وكبيعِ صاعٍ من صُبْرةٍ تُعْلَمُ صيعانُها فينزِلُ على الإشاعةِ كما مَرَّ

ولو كان دَيْنًا فأبْرأتْه لم يَرْجِعْ عليها على المذْهَبِ. وَليس لِوَليٍّ عَفْوٌ عن صَداقٍ على الجديدِ.

فَصْلٌ

لِمُطَلَّقةٍ قبلَ وطْءٍ مُتْعةٌ إنْ لم يَجِبْ شَطْرُ مَهْرٍ ....

لأنّ البعضيّةَ المُنْبَتَّةَ في الصُّبْرةِ التي أفادَتْها مَنْ ظاهرةٌ في ذلك وقيلَ على الحصْرِ حتى لو صُبَّتْ عليها صُبْرةٌ أخرى ثمّ تَلِفَ الكلُّ إلا صاعًا تعيَّنَ وكما إذا أقَرَّ بعضُ الورثةِ بدَيْنٍ فيَشيعُ حتى لا يلزمَه إلا قدرُ حِصَّته عَمَلاً بقضيّةِ كونِ الإقرارِ إخبارًا عَمّا لَزِمَ الميِّتَ فلم يلزمْه منه إلا بقدرِ إرْثِه وما نَزَّلوه على الحصْرِ قطعًا كأعطوه عبدًا من رَقيقي فمات وماتوا كلُّهم إلا واحدًا تعيَّنَت الوصيّةُ فيه أي رِعايةً لِغَرَضِ الموصي من بَقاءِ وصيَّته بحالِها حيثُ لم يُعارِضْها شيءٌ كما راعوه في تعيُّنِ ما عَيَّنَه لِقَضاءِ دَينه منه وفي صحّتها إذا تَرَدَّدَتْ بين مُفْسِدٍ ومُصَحِّحٍ كالطّبْلِ يُحْمَلُ على المُباحِ وعلى الأصحّ كما لو وكَّلَ شَريكه في عتقِ قِنٍّ في نصيبه فقال له أعتقت نصفَك وأطلقَ فيُحْمَلُ على ملكِه فقط لأنّه الأقوى فاحتاجَ لِصارِفٍ ولم يوجَدْ ومن ثَمَّ لو مَلَكَ نصفَ عبدٍ وقال بعْتُك نصفَ هذا اختَصَّ بملكِه وكذا لو أقَرَّ بنصفِ عبدٍ مشترَكٍ ينحَصِرُ في حِصَّته كما مَرَّ قُبَيْلَ فصلِ النّسَبِ.

(**ولو كان دَيْنًا فأبرَأتْه**) ولو بهبةٍ. منه ثمّ فارَقَ قبلَ وطْءٍ (**لم يرجعْ عليها**) بشيءٍ (**على المذهبِ**) لأنّه لم يَغْرَمْ شيئًا كما لو شَهِدا بدَيْنٍ وحكم به ثمّ أبرَأ منه المحكومَ له ثمّ رَجَعا لم يَغْرَما للمحكومِ عليه شيئًا.

(**وليس لِوَليٍّ عَفْوٌ عن صَداقٍ على الجديدِ**) كسائرِ دُيونِها وحُقوقِها والذي بيَدِه عُقْدةُ النّكاحِ في الآيةِ الزوجُ لأنّه الذي يتمَكَّنُ من رَفْعِها بالفُرْقة أي إلا أنْ تعفوَ هي فيُسَلِّمَ الكلَّ له أو يعفوَ هو فيُسَلِّمَ الكلَّ لها لا الوليِّ إذْ لم يَبْقَ بيَدِه بعدَ العقدِ عُقْدةٌ.

فصل في المُتْعةِ

وهي بضَمِّ الميم وكسرِها لُغةً اسمٌ لِلتَّمْتيعِ كالمتاعِ وهو ما يُتَمَتَّعُ به من الحوائجِ وأنْ يتزوَّجَ امرأةً يتمَتَّعُ بها زَمَنًا ثمّ يَتْرُكُها وأنْ يَضُمَّ لِحَجِّه عُمْرةً وشرعًا مالٌ يدفَعُه أي يجبُ دَفْعُه لِمَنْ فارَقَها أو سيِّدِها بشُروطٍ كما قال يجبُ على مسلمٍ وحُرٍّ وضِدِّهِما (**لِمُطَلَّقة**) ولو ذِمّيّةً أو أمةً (**قبلَ وطْءٍ مُتْعةٌ إنْ لم يجبْ**) لها (**شَطْرُ مهرٍ**) بأنْ فوَّضَتْ ولم يُفْرَضْ لها شيءٌ صحيحٌ لقوله تعالى ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ولا يُنافيه ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] لأنّ فاعِلَ الواجبِ مُحْسِنٌ أيضًا وخرج بمُطَلَّقة المُتَوَفّى عنها زوجُها لأنّ سبَبَ وجوبِها إيحاشُ الزوجِ لها وهو مُنْتَفٍ هنا وكذا لو ماتتْ هي أو ماتا إذْ لا إيحاشَ وبِلِمَ إلَخ مَنْ وجَبَ لها شَطْرٌ بتَسميته أو بفرضٍ في التّفْويضِ لأنه يُجْبِرُ الإيحاشَ نعم، لو زَوَّجَ أمَتَه بعبدِه لم يجبْ شَطْرٌ ولا مُتْعةٌ.

وكذا لِمَوْطوءةٍ في الأظْهَرِ، وفُرْقةٌ لا بسَبَبِها كَطَلاقٍ. وَيُسْتَحَبُّ أنْ لا تَنْقُصَ عن ثَلاثين دِرْهَمًا، ....

(وكذا) تجبُ (لِموطوءةٍ) طَلُقت طلاقًا بائنًا مُطْلَقًا أو رجعيًّا وانقضت عِدَّتُها على الأوجَه لأنّ الرّجْعيّةَ زوجةٌ في أكثرِ الأحكام والمُتْعةُ للإيحاشِ ولا يتحقّقُ إلا بانقضاءِ عِدَّتها من غيرِ رَجْعةٍ أي وهو حَيٌّ فلو مات فيها فلا لِما نُقِلَ من الإجماعِ على مَنْعِ الجمعِ بين المُتْعةِ والإرثِ وبهذا يُعْلَمُ أنّ الأوجَهَ أيضًا أنّ المُتْعةَ لا تَتَكرَّرُ بتكرُّرِ الطّلاقِ في العِدّةِ لأنّ الإيحاشَ لم يتكرَّرْ (في الأظهرِ) لِعمومِ قوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٤١] وخصوص ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾ [الأحزاب:٢٨] وهُنّ مَدْخولٌ بهنّ ولا نَظَرَ للمهرِ لأنّه في مُقابَلةِ استيفاءِ بُضْعِها فلم يصلحْ للجَبْرِ بخلافِ الشّطْرِ (وفُرْقة) قبلَ وطْءٍ أو بعدَه.

(لا بسببِها كطلاقٍ) في إيجابِ المُتْعةِ سواءٌ أكانتْ من الزوجِ كإسلامِه ورِدَّته ولِعانِه أم من أجنَبيٍّ كوَطْءِ بعضِه زوجَتَه بشُبهةٍ وإرضاعِ نحوِ أُمِّه لها وصورةُ هذا مع توَقُّفِ وجوبِ المُتْعةِ على وطْءٍ أو تفويضٍ وكِلاهما مُستَحيلٌ في الطِّفْلةِ أنْ يُزَوِّجَ أمَتَه الطِّفْلةَ لِعبدٍ تفويضًا أو كافِرٌ بنتَه الصّغيرةَ لِكافِرٍ تفويضًا وعندَهم أنْ لا مهرَ لِمُفَوَّضةٍ ثمّ تُرْضِعُها نحوُ أُمِّه فيترافَعوا إلينا فنَقْضي بمُتْعةٍ أو أنْ يتزَوَّجَ طِفْلٌ بكبيرةٍ فتُرْضِعَه أُمُّها.

أمّا ما بسببِها كإسلامِها ولو تَبَعًا وفسخِه بعَيْبِها وعكسُه أو بسببِهما كأن ارتَدّا مَعًا وكذا لو سُبيا مَعًا والزوجُ صَغيرٌ أو مجنونٌ فلا مُتْعةَ على الأوجَه كما لا شَطْرَ بالأولى إذْ وجوبُه آكدُ كما مَرَّ وأيضًا فالفِراقُ هنا بسببِهما لأنّهما يُمْلَكانِ مَعًا بالسّبْيِ بخلافِ الكبيرِ العاقِلِ فإنّه بسببِها فقط لأنّها تُمْلَكُ بالحيازةِ بخلافِه فيُنْسَبُ الفِراقُ إليها فقط.

ولو مَلَكها فلا مُتْعةَ أيضًا مع أنّها فُرْقة لا بسببِها وفَرَّقَ الرّافِعيُّ بين المهرِ والمُتْعةِ بأنّ موجِبَ المهرِ من العقدِ جَرى بملكِ البائِعِ فملكُه دون الزوجِ المشتري والمُتْعةُ إنّما تجبُ بالفُرْقة وهي حاصِلةٌ بملكِ الزوجِ فكيف تجبُ هي له على نفسِه وكذا لو باعَها من أجنَبيٍّ فطَلَّقَها الزوجُ قبلَ وطْءٍ كان المهرُ للبائِعِ كما مَرَّ ولو كانت مُفَوَّضةً كانت المُتْعةُ للمشتري.

(ويُستَحَبُّ أنْ لا تنقُصَ عن ثلاثين دِرْهَمًا) أو مُساويها. يعني أنْ تكون ثلاثين ويُسَنُّ أنْ لا تبلُغَ نصفَ مهرِ المثلِ كذا جَمَعوا بينهما وقد يَتعارَضانِ بأنْ يكون الثلاثون أضْعافَ المهرِ فالذي يُتَّجه رِعايةُ الأقَلِّ من نصفِ المهرِ والثلاثين قال جمعٌ وهذا أدْنَى المُستَحَبِّ وأعلاه خادِمٌ وأوسَطُه ثَوْبٌ وكأنّهم أرادوا بالأوّلِ أنْ يُساوِيَ نحوَ ضِعْفِ الثلاثين وبالثاني ما بين الثلاثين ونحوِ ضِعْفِها كخمسةٍ وأربَعين وقال بعضُهم أعلاه خادِمٌ وأقَلُّه مُقَنّعةٌ وأوسَطُه ثلاثون وفي ذلك كلِّه نَظَرٌ بسائِرِ اعتباراته إذْ لا دليلَ على هذا التحديدِ والواجبُ فيها ما يتراضَيانِ عليه وأقَلُّ مُجْزِئٍ فيه مُتَمَوَّلٌ ثمّ إنْ تَراضَيا على شيءٍ فذاكَ أي والمُستَحَبُّ حينئذٍ ما مَرَّ في الثلاثين ونصفِ مهرِ المثلِ.

فإنْ تنازَعا قدَّرَه القاضي بنَظَرِه مُعتَبِرًا حالهما، وقيل، وقيلَ حالَها، وقيلَ أقلَّ مالٍ.

فَصْلٌ

اخْتَلَفا في قدرِ مَهْرٍ أو صِفَتِه تَحالَفا، ويَتحالَفُ وارِثاهما أو وارِثُ واحِدٍ والآخَرُ ....

(فإنْ تَنازَعا قدَّرَها القاضي بنَظَرِه) أي اجتهادِه وإنْ زاد على مهرِ المثلِ على الأوجَه الذي اقتضاه إطلاقُهم فإنْ قُلْت مهرُ المثلِ مَناطُه اللائِقُ بمثلِها للوَطْءِ وهو أكثرُ من اللائِقِ بها للفِراقِ ومن ثَمَّ قال البُلْقينيُّ وتَبِعَه الزّركشيُّ إنّما لم يذكروا مَنْعَ زيادَتها عليه لِظُهورِه قُلْت ممنوعٌ لأنّه إنْ أرادَ مهرَ المثلِ حالةَ العقدِ فواضِحٌ لأنّ صِفات الكمالِ فيها يومَ الفِراقِ قد تَزيدُ عليها يومَ العقدِ أو حالةَ الفِراقِ وهو الظّاهرُ فكذلك لأنّ المعتبَرَ في مهرِ المثلِ حالُها فقط وفي المُتْعةِ حالُهما ولا بدَعَ أنْ يَزيدَ ما اعْتُبِرَ بحالِهما على ما اعْتُبِرَ بحالِها فالوجه ما أطلقوه وأنّهم إنّما سكتوا عمّا قُيِّدَ به لِعدمِ صحّته فتأمّلْه وبه يُعْلَمُ الفرقُ بين جوازِ بُلوغِها قدرَ المهرِ ومَنْعِ بُلوغِ الحُكومةِ ديةَ متبوعِ مَحَلِّها وهو أنّها تابِعةٌ محضةٌ يلزمُ نَقْصُها عن متبوعِها بخلافِ المُتْعةِ والمهرِ لِما تقرّر أنّ موجِبَه آكَدُ وأنّ كلًّا قد ينفرِدُ عن الآخرِ ولا كذلك الحُكومةُ فيهما (مُعتَبِرًا حالَهما) أي ما يَليقُ بيَسارِه ونحوُه نَسَبُها وصِفاتُها السّابِقة في مهرِ المثلِ وقيلَ لا تَجوزُ زيادَتُها على شَطْرِ المهرِ (وقيلَ حاله) لِظاهرِ ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة:٢٣٦] وكالنّفَقة ويُرَدُّ بأنّ قوله تعالى بعدَ ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٤١] فيه إشارةٌ إلى اعتبارِ حالِهنّ أيضًا (وقيلَ حالُها) لأنّها كالبدَلِ عن المهرِ وهو مُعتَبَرٌ بها وحدَها (وقيلَ) المعتبَرُ (أقلُّ مالٍ) قولُ المُحشّي ويشهَدُ له من كلامِ الأصحابِ نَظائِرُ وقولُه ثمّ رأيت قوله بل مقتضى النّظائِرِ إلَخْ ليس في نُسَخِ الشّرحِ التي بأيدينا اهـ يَجوزُ جَعْلُه صَداقًا ورُدَّ بأنّ المهرَ بالتّراضي.

فصل في الاختلافِ في المهرِ والتّحالُفِ فيما سُمّيَ منه

إذا (اختلفا) أي الزوجانِ (في قدرِ مهرٍ) مُسَمًّى وكان ما يَدَّعيه الزوجُ أقَلَّ (أو) في (صِفَته) من نحوِ جنسٍ كدَنانيرَ وحُلولٍ وقدرِ أجَلٍ وصحّةٍ وضِدِّها ولا بيِّنَةَ لأحَدِهما أو تعارَضَتْ بيِّنَتاهما (تَحالَفا) كما مَرَّ في البيعِ في كيْفيّةِ اليمينِ نعم، يَبْدَأُ هنا بالزوجِ لِقوّةِ جانِبه ببَقاءِ البُضْعِ له وخرج بمُسَمًّى ما لو وجَبَ مهرُ مثلٍ لِنحوِ فسادِ تَسميةٍ ولم يُعْرَفْ لها مهرُ مثلٍ فاختلفا فيه فيُصدَّقُ بيَمينِه لأنّه غارِمٌ ويكونُ ما يَدَّعيه أقلَّ أمّا لو كان أكثرَ فتأخُذُه ما ادَّعَتْه ويبقى الزّائِدُ في يَدِه كمَنْ أقَرَّ لِشَخْصٍ بشيءٍ فكذَّبَه (ويتحالَفُ وارِثاهما ووارِثُ واحِدٍ) منهما (والآخرُ) إذا اختلفا في شيءٍ مِمّا ذُكِرَ لِقيامِه مَقامَ مورِّثِه لَكِنّ الوارِثَ إنّما يحلِفُ في النّفْيِ على نفيِ العلمِ كلا أعلمُ أنّ مورِّثي نكحَ بألفٍ إنّما نكحَ بخمسِمِائةٍ، ولا يلزمُ من القطعِ بالثاني القَطعُ بالأوّلِ لاحتمالِ جَرَيانِ عقدَين علم أحدَهما دون الآخرِ بخلافِ المورِّثِ فإنّه يحلِفُ على البتِّ مُطْلَقًا نعم، مقتضى كلامِ جمعٍ مُتَقَدِّمين أنّ نحوَ الصّغيرةِ حالةَ العقدِ تَحْلِفُ على نفيِ العلمِ بتزويجِ وليِّها بالقدرِ المُدَّعي به الزوجُ واستُظْهِرَ لأنّها تَحْلِفُ على نفيِ فعلِ

ثم يُفْسَخُ المهْرُ، ويَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ. ولو ادَّعَتْ تَسْمِيةً فأنْكَرَها تَحالَفا في الأصَحِّ. ولو ادَّعَتْ نِكاحًا ومَهْرَ مِثْلٍ فأقَرَّ بالنِّكاحِ وأنْكَرَ المهْرَ أو سَكَتَ فالأصَحُّ تَكْليفُه البيانَ، فإنْ ذَكَرَ قدرًا وزادَتْ تَحالَفا، وإنْ أصَرَّ مُنْكِرًا حَلَفَتْ وقَضَى لَها.

غيرِها وهو الوليُّ ولم تَشْهَد الحالُ ولم تَستأذِنْ وأجراه الأذرَعيُّ في مُجْبَرةٍ بالِغةٍ عاقِلةٍ لم تَحْضُرْ وكلُّ ذلك وجيهٌ معنًى لا نَقْلًا (ثمّ) بعدَ التّحالُفِ (يُفسَخُ المهرُ) المُسَمَّى أي يَفْسَخُه كِلاهما أو أحدُهما أو الحاكِمُ وينفُذُ باطِنًا أيضًا من المُحِقِّ فقط لِمَصيرِه بالتّحالُفِ مجهولاً ولا ينفَسِخُ بالتّحالُفِ كالبيعِ (ويجبُ مهرُ مثلٍ) وإنْ زاد على ما ادَّعَتْه لأنّ التّحالُفَ يوجِبُ رَدَّ البُضعِ وهو مُتعذِّرٌ فوَجَبَتْ قيمَتُه، (ولو ادَّعَتْ تَسميةً) لِقدرٍ (فأنكرها) من أصلِها ولم يَدَّعِ تفويضًا (تحالَفا في الأصحِّ) لأنّ حاصِله الاختلافُ في قدرِ المهرِ ومَحَلُّه إنْ كان مُدَّعاها أكثرَ من مهرِ المثلِ أو من غيرِ نَقْدِ البلَدِ أو مُعَيَّنًا ولو أنْقَصَ من مهرِ المثلِ لِتعلُّقِ الفرضِ بالعينِ ولو ادَّعَى تَسميةً وأنكرتْ ومُدَّعاه دون مهرِ المثلِ أو من غيرِ نَقْدِ البلَدِ أو مُعَيَّنٌ تحالَفا في الأصحِّ أيضًا ويُفَرَّقُ بين جَرَيانِ الخلافِ هنا لا في الاختلافِ في قدرِ المُسَمَّى بأنّهما ثَمَّ لَمّا اتَّفَقا على أصلِ التّسميةِ واختلفا في قدرِها كان كلٌّ مُدَّعيًا ومُدَّعًى عليه حَقيقة فجاءَ التّحالُفُ وهنا لَمّا اختلفا في أصلِ التّسميةِ أمكنَ أنْ يُقال الأصلُ عدمُها فقَوِيَ جانِبُ مُنْكِرِها فلْيُصَدَّقْ بيَمينِه ويجبُ مهرُ المثلِ فلا معنى لِلتَّحالُفِ.

(ولو ادَّعَتْ نِكاحًا ومهرَ مثلٍ) لِعدمِ جَرَيانِ تَسميةٍ صحيحةٍ (فأقَرَّ بالنّكاحِ وأنكر المهرَ) بأنْ قال نَكحْتها ولا مهرَ لها عليَّ أي لِكونِه نَفَى في العقدِ (أو سكتَ) عنه بأنْ قال نَكحْتها ولم يَزِدْ أي ولم يَدَّعِ تفويضًا ولا إخلاءَ النّكاحِ عن ذِكْرِ المهرِ (فالأصحُّ تَكْليفُه البيانَ) لِمهرٍ لأنّ النّكاحَ يقتضيه (فإنْ ذكرَ قدرًا وزادتْ) عليه (تحالَفا) لأنّه اختلافٌ في قدرِ المهرِ وقولُ غيرِ واحدٍ في قدرِ مهرِ المثلِ يحتاجُ لِتأمُّلٍ لأنّها تَدَّعي وجوبَ مهرِ المثلِ ابتداءً وهو يُنْكِرُ ذلك ويَدَّعي تَسميةَ قدرٍ دونِه فإنْ أُريدَ أنّ هذا قد ينشَأُ عنه الاختلافُ في قدرِ مهرِ المثلِ بأنْ يَدَّعِيَ أنّ المُسَمَّى قدرُ مهرِ مثلِها فتَدَّعي عدمَ التّسميةِ وأنّ مهرَ مثلِها أكثرُ صَحَّ ذلك على ما فيه وعلى كلٍّ فهذه غيرُ ما مَرَّ أنّ القولَ قولُه في قدرِ مهرِ المثلِ لأنّهما ثَمَّ اتَّفقا على أنّه الواجبُ وأنّ العقدَ خَلا عن التّسميةِ بخلافِه هنا (فإنْ أصَرَّ مُنكِرًا) للمهرِ أو ساكِتًا (حَلَفت) يَمين الرّدِّ أنّها تَستَحِقُّ عليه مهرَ مثلِها (وقُضيَ لها) به عليه ولا يُقْبَلُ قولُها ابتداءً لأنّ النّكاحَ قد يُعْقَدُ بأقَلِّ مُتَمَوَّلٍ وفارَقت ما قبلها بأنّهما ثَمَّ اختلفا في القدرِ ابتداءً لأنّ إنْكارَه التّسميةَ ثَمَّ يقتضي لُزومَ مهرِ المثلِ ومُدَّعاها أزْيَدُ وهنا أنكر المهرَ أصلاً ولا سبيلَ إليه مع الاعترافِ بالنّكاحِ فكلِّفَ البيانَ وخرج بقولِه ومهرُ مثلٍ ما لو ادَّعَتْ نِكاحًا بمُسَمًّى قدرَ المهرِ أو لا فقال لا أدْري أو سكتَ فإنّه لا يُكلَّفُ بَيانًا على المعتمدِ لأنّ المُدَّعَى به هنا معلومٌ بل يحلِفُ على نفيِ ما ادَّعَتْه فإنْ نَكلَ حَلَفت وقُضيَ لها وظاهرٌ أنّ الوارِثَ في هذه المسائلِ كالمورِّثِ ولو ادَّعَى أحدُهما تفويضًا والآخرُ أنّه لم يذكرْ مهرًا صُدِّقَ الثاني كما بَحثاه أو والآخرُ تَسميةً فالأصلُ عدمُهما فيحلِفُ كلٌّ على

ولو اخْتَلَفَ في قدرِه زَوْجٌ ووَليُّ صَغيرةٍ أوَمَجْنونةٍ تَحالَفا في الأَصَحِّ.
ولو قالتْ نَكَحَني يومَ كَذا بأَلْفٍ، ويومَ كَذا بأَلْفٍ وثَبَتَ العقْدانِ بإقْرارِه أو ببَيِّنةٍ لَزِمَه أَلْفانِ، ....

نفي مُدَّعَى الآخرِ كما لو اختلفا في عقدَين فإذا حَلَفت وجَبَ لها مهرُ المثلِ نعم، دعواها التَّفويضَ قبلَ الوطءِ لا تُسمَعُ إلا بالنّسبةِ لِطَلَبِ الفرضِ لا غيرَ.

(ولو اختلف في قدرِه) أي المُسَمَّى (زوجٌ ووليُّ صَغيرةٍ أو مجنونةٍ) ومثلُه الوكيلُ وقد ادَّعَى زيادةً على مهرِ المثلِ والزوجُ مهرَ المثل أو زوجةٌ ووَليُّ صَغيرٍ أو مجنونٍ وقد أنكرتْ نَقْصَ الوليِّ عن مهرِ مثلٍ أو وليّاهما (تَحالَفا في الأصحِّ) لأنّ الوليَّ لِمُباشَرَته للعقدِ قائِمٌ مَقامَ المولى كوَكيلِ المشتري مع البائِع أو عكسُه فلو كمَّلَ قبلَ حَلِفِ قولُ المُحَشّي قولُه وقد ادَّعَتْ إلَخْ ليس في نُسَخِ الشرحِ التي بأيدينا وليُّه حَلَفَ دون الوليِّ أمّا إذا اعترفَ الزوجُ بزيادةٍ على مهرِ المثلِ فلا تَحالُفَ بل يُؤْخَذُ بقولِه بلا يَمينٍ لِئَلّا يُؤَدّيَ لِلانفِساخِ الموجِبِ لِمهرِ المثلِ فتَضيعَ الزّيادةُ عليها وكذا لو ادَّعَى الزوجُ دون مهرِ المثلِ فيجبُ مهرُ المثلِ بلا تَحالُفٍ كذا قالاه وقال البُلْقينيُّ التحقيقُ في الأولى حَلَفَ الزوجُ رَجاءَ أنْ ينكلَ فيحلِفُ الوليُّ ويُثبِتُ مُدَّعاه الأكثرَ من مُدَّعَى الزوجِ اهـ وهو مُتَّجِه المعنى ومن ثَمَّ تَبِعَه الزّركشيُّ وغيرُه ويأتي ذلك في الثانيةِ أيضًا فيحلِفُ فإنْ نَكلَ حَلَفَ الوليُّ وثَبَتَ مُدَّعاه وخرج بالصّغيرةِ والمجنونةِ البالِغةُ العاقِلةُ فهي التي تَحْلِفُ ولا يُنافي حَلِفُ الوليِّ هنا قولَهم في الدّعاوَى لا يحلِفُ وإنْ باشَرَ السّبَبَ لأنّ ذاك في حَلِفِه على استحْقاقِ موَلّيه وهذا لا تَجوزُ النّيابةُ فيه وما هنا في حَلِفِه على أنّ عقدَه وقَعَ هَكذا فهو حَلِفٌ على فعلِ نفسِه والمهرُ ثابتٌ ضِمْنًا قيلَ الوجه المُفَصَّلُ ثَمَّ بين أنْ يُباشر السّبَبَ وأنْ لا يُرَدَّ هذا الجمعُ اهـ. ويُرَدُّ بمَنْعِه لأنّه مع مُباشَرَته لِلسّبَبِ إنْ حَلَفَ على استحْقاقِ المولى لم يُفِدْ وإلا أفادَ.

(تنبيهٌ) قولُنا أو وليّاهما هو ما صرحوا به وهو لا يتأتّى إلا إذا كان الإصداقُ من مالِ وليِّ الزوجِ وهو الأبُ والجدُّ لأنّه حينئذٍ تَجوزُ الزّيادةُ فيه على مهرِ المثلِ إمّا من مالِ الزوجِ فوَليُّه لا تَجوزُ له الزّيادةُ على مهرِ المثلِ ووَليُّها لا يَجوزُ له النّقْصُ عنه فلا يُتَصَوَّرُ اختلافُهما في القدرِ وحينئذٍ فلا يُتَصَوَّرُ التّحالُفُ وإنّما لم يَتعرَّضوا لهذا مع وُضوحِه لِعلمِه من كلامِهم في غيرِ هذا المحَلِّ.

(ولو قالتْ نَكحَني يومَ كذا بألفٍ ويومَ كذا بألفٍ و) طالَبَتْه بالألفَين فإنْ (ثَبَتَ العقدانِ بإقرارِه أو ببيّنةٍ) أو بيَمينِها بعدَ نُكولِه (لَزِمَه ألفانِ) وإنْ لم تَتعرَّضْ لِتَخلُّلِ فُرْقة ولا لِوَطْءٍ لأنّ العقدَ الثاني لا يكونُ إلا بعدَ ارتفاعِ الأوّلِ ولأنّ المُسَمَّى يجبُ بالعقدِ فاستُصْحِبَ بَقاؤُه ولم يُنْظَرْ لأصلِ عدمِ الدُّخولِ عَمَلًا بقَرينةِ سُكوته عن دعواه الظّاهرِ في وجودِه وأيضًا فأصلُ البقاءِ أقوى من أصلِ عدمِ الدُّخولِ لأنّ الأوّلَ عُلِمَ وجودُه ثمّ شَكَّ في ارتفاعِه والأصلُ عدمُه والثاني لم يُعْلم له مُستَنَدٌ إلا مُجَرَّدُ الاحتمالِ فلم يُعَوَّلْ مع ذلك عليه وبهذا يُجابُ عَمّا استَشْكله البُلْقينيُّ وأطالَ فيه.

فإنْ قال لم أطأ فيهما أو في أحَدِهما صُدِّقَ بيَمينِه وسَقَطَ الشّطْرُ، وإنْ قال كان الثّاني تَجْديدَ لَفْظٍ لا عَقْدًا لم يُقْبل.

(فإنْ قال لم أطأ فيهما أو في أحدِهما صُدِّقَ بيَمينِه) لأنّه الأصلُ (وسَقَطَ الشّطْرُ) في النّكاحَين أو أحدِهما لأنّه فائِدةُ تصديقِه وحَلِفِه (و) إنّما تُقْبَلُ دعواه عدمَه في الثاني (إنْ) ادَّعَى الفِراقَ منه فإنْ (قال كان الثاني تجديدَ لفظٍ لا عقدًا لم يُقْبل) لأنّه خلافُ الظّاهرِ من صحّةِ العُقودِ المُتَشَوِّفِ إليها الشّارعُ نظيرَ ما مَرَّ في تصديقِ مُدَّعي الصّحّةِ واحتمالِ كونِ الطّلاقِ رجعيًا وأنّ الزوجَ استعمَلَ لفظَ العقدِ مع الوليِّ في الرّجعةِ نادِرٌ جِدًّا فلم يَلْتَفِتوا إليه فاندَفع ما للبُلْقينيِّ هنا وله تَحْليفُها على نفيِ ما ادَّعاه لإمكانِهِ.

(فرع): خطبَ امرَأةً ثمّ أرسَلَ أو دَفع بلا لفظٍ إليها مالاً قبلَ العقدِ أي ولم يقصِد التّبَرُّعَ ثمّ وقَعَ الإعراضُ منها أو منه رجع بما وصَلها منه كما أفادَه كلامُ البغَويّ واعتمده الأذرَعيُّ ونَقَله الزّركشيُّ وغيرُه عن الرّافِعيِّ أي اقتضاءً يقرُبُ من الصّريحِ وعبارةُ قواعِدِه خطبَ امرَأةً فأجابَته فحَمَلَ إليهم هَديّةً ثمّ لم ينكِحْها رجع بما ساقَه إليها لأنّه ساقَه بناءً على إنْكاحِه ولم يحصُلْ ذكرَه الرّافِعيُّ في الصّداقِ وعَجيبٌ مِمَّنْ ينقُلُ ذلك عن فتاوَى ابنِ رَزينٍ أي وقد بانَ أنْ لا عَجَبَ لأنّ ابنَ رَزينٍ ذكرَه صريحًا والرّافِعيُّ اقتضاءً كما تقرّر ثمّ قال ولا فرقَ بين كونِ المُهْدَى من جنسِ الصّداقِ أو من غيرِ جنسِه انتهَتْ مُلَخَّصةً ويوافِقُه قولُ الروضةِ لو دَفع لِزوجَته مالاً وزعم أنّه صَداقٌ فقالتْ بل هَديّةٌ فإن اختلفا في كيْفيّةِ لفظه أو قصْدِه صُدِّقَ بيَمينِه ا هـ وذلك لأنّ في كلٍّ من الصّورَتَين قرينةً ظاهرةً على صِدْقِه أمّا الأولى فلأنّ قرينةَ سبقِ الخِطْبةِ تَغلِبُ على الظّنّ أنّه إنّما بَعَثَ أو دَفع إليها لِتَتِمَّ تلك الخِطْبةُ ولم تَتِمَّ وبهذا يُفَرِّقُ بين هذه وقولِ الروضةِ أيضًا لو بَعَثَ لِغيرِ دائِنِه شيئًا وزعم أنّه بعِوَضٍ وقال المدْفوعُ إليه بل صَدَقة صُدِّقَ المدْفوعُ إليه ا هـ.

أي لأنّه لا قرينةَ هنا تُصَدِّقُ الدّافِعَ بل المدْفوعَ إليه لأنّ الغالِبَ في الدفعِ والإرسالِ لِغيرِ الدّائِنِ من غيرِ ذِكْرِ عِوَضٍ أنّه تبَرُّعٌ وأمّا الثانيةُ فقَرينةُ وجودِ الدّين مع غلبةِ قصْدِ براءةِ الذّمّةِ تُؤَكِّدُ صِدْقَ الدّافِعِ ولا يُنافي ذلك قولُ الروضةِ لو اختلف المُضطَرُّ والمالِكُ فقال أطعمتُك بعِوَضٍ فقال بل مَجّانًا صُدِّقَ المالِكُ ا هـ.

وذلك حملاً لِلنّاسِ على هذه المكْرُمةِ العظيمةِ ولأنّ الضّرورات يُغْتَفَرُ فيها ما لا يُغْتَفَرُ في غيرِها هذا ما يُتَّجه في الجمعِ بين هذه المسائلِ فتأمّله ولا تَغْتَرَّ بمَنْ أشارَ للجمعِ بالفرقِ بين الدفعِ والإرسالِ لأنّه لا وجهَ له كما هو واضِحٌ ولو دَفع بخُطوبَته وقال جعلْته من الصّداقِ الذي سيجبُ بالعقدِ أو من الكِسوةِ التي ستجبُ بالعقدِ والتّمكّنِ وقالتْ بل هَديّةٌ فالذي يُتّجه تصديقُها إذْ لا قرينةَ هنا على صِدْقِه في قصْدِه ولو طَلّقَ في مسألَتنا بعدَ العقدِ لم يرجعْ بشيءٍ كما رجحه الأذرَعيُّ خلافًا للبَغويِّ لأنّه إنّما أعطَى لأجلِ العقدِ وقد وُجِدَ.

فَصْلٌ

وليمةُ العُرْسِ سُنَّةٌ. وَفي قولٍ أو وجهٍ واجِبةٌ ....

فَصْلٌ في وليمةِ العُرْسِ

من الوَلْم وهو الاجتماعُ وهي أعني الوليمةَ اسمٌ لِكلِّ دعوةٍ أو طَعامٍ يُتَّخَذُ لِحادِثِ سُرورٍ أو غيرِه.

(وليمةُ العُرْسِ) قيلَ لا حاجةَ إليه؛ لأنّها حيثُ أُطْلِقت واختَصَّتْ به ولا تَقَعُ على غيرِه إلا مُقَيَّدَةً ا هـ ويُرَدُّ بأنّه غَفْلَةٌ عن تقييدِها كذلك في الحديثِ الآتي على أنّ هذا قولٌ لِبعضِ أهلِ اللُّغةِ وقال آخرون تَشْمَلُ الكلَّ لَكِنّ الأشهَرَ إطلاقُها إذا أُريدَ بها وليمةُ العُرْسِ وتقييدُها إذا أُريدَ بها غيرُه وعليه فلم يَكْتَفِ كالحديثِ بإطلاقِها نَظَرًا لِشُمولِها للكلِّ فيحصُلُ الإيهامُ وأُطْلِقت في الحديثِ الآتي أيضًا نَظَرًا للأشهَرِ المذكورِ فكلٌّ من الإطلاقِ والتقييدِ سائغٌ خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه فإنْ قُلْت شُمولُها للوَضيمةِ الذي دَلَّ عليه ما ذُكِرَ عن آخرين يُنافي قولَ الروضةِ عن الشافعيِّ والأصحابِ تَقَعُ في كلِّ دعوةٍ تُتَّخَذُ لِسُرورٍ حادِثٍ قُلْت لا مُنافاةَ؛ لأنّ هذا إطلاقٌ فِقْهِيٌّ من بعضِ إطلاقاتها والكلامُ إنّما هو في الإطلاقِ اللُّغَويِّ عندَ إطلاقِ أولَئِك اللُّغَوِيّين وهو يشمَلُ الكلَّ وعبارةُ القاموسِ والوليمةُ طَعامُ العُرْسِ أو كلُّ طَعامٍ صُنِعَ لِدعوةٍ وغيرِها ثمّ رأيت شيخَنا اعتمد في شرحِ الروضِ مُخالِفًا لِشرحِ البهْجةِ أنّ الوضيمةَ من الولائِمِ وأنّ التعبيرَ بالسُّرورِ للغالِبِ (سُنّةٌ) بعدَ عقدِ النّكاحِ الصّحيحِ لِلزوجِ الرّشيدِ ولِوَليٍّ غيرِ أبيه أو جَدِّه من مالِ نفسِه كما يأتي فلو عَمِلها غيرُهما كأبي الزوجةِ أو هي عنه فالذي يُتَّجَه أنّ الزوجَ إنْ أذِنَ تأدَّت السُّنّةُ عنه فتجبُ الإجابةُ إليها.

وإنْ لم يأذَنْ فلا خلافًا لِمَنْ أطلقَ حُصولها ويظهرُ نَدْبُها لِسيِّدِ عبدٍ ولو امرَأةً أذِنَ له في نِكاحٍ فنَكَحَ مُؤَكّدةً أكثرَ من سائِرِ الولائِمِ العشرِ المشهورةِ لِثُبوتها عنه ﷺ قولاً وفعلاً ويدخلُ وقتُها بالعقدِ كما تقرّر فلا تجبُ الإجابةُ لِما تَقَدَّمَه وإن اتَّصلَ بها خلافًا لِمَنْ بحث وجوبَها حينئذٍ زاعِمًا أنّها تُسَمَّى وليمةَ عُرْسٍ ولم يُبالِ بمُخالفته لِصريحِ كلامِ غيرِه والأفضلُ فعلُها عَقِبَ الدُّخولِ لِلاتِّباعِ ولا تَفوتُ بطلاقٍ ولا موتٍ ولا بطولِ الزّمَنِ فيما يظهرُ كالعقيقة وتجبُ الإجابةُ إليها وإنْ فُعِلَتْ في الوقت المفضولِ كما هو ظاهرٌ (وفي قولٍ أو وجهٍ) وصَوَّبَ جمعٌ أنّه قولٌ وهو القياسُ؛ لأنّ مع مُثْبته زيادةَ علم (واجبةٌ) عَيْنًا للخبرِ المُتَّفَقِ عليه «أولِم ولو بشاةٍ»[1] وحَمَلوه على النّدْبِ لِخبرِ «هل عليَّ غيرُها أي الزّكاةِ قالا لا إلا أنْ تَتَطَوّعَ»[2] وخبرِ «ليس في المالِ حَقٌّ سِوَى الزّكاةِ»[3] وهما صحيحانِ ولأنّها لو

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ١٩٤٤]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٢٧]، وغيرهما من حديث: أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

(٣) [ضعيف] الترمذي في (الجامع) [رقم/ ٦٥٩]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ١٧٨٩]، والدارقطني في (سننه) [٢/ ١٠٧]، والبيهقي في (السنن الكبرى) [رقم/ ٧٠٣٤]، من حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها به نحوه.

قلت: حديث ضعيف. وينظر: (السلسلة الضعيفة) للألباني [رقم/ ٤٣٨٣].

والإجابةُ إليها فَرْضُ عَيْنٍ، وقيلَ كِفايةٍ، وقيلَ سُنّةٌ. وإنّما تَجِبُ أو تُسَنُّ ....

وجَبَتْ لَوَجَبَت الشّاةُ ولا قائِلَ به وقولُهما أقَلُّ الوليمةِ للمُتَمَكِّنِ شاةٌ أي للخبرِ مُرادُهما أقَلُّ الكمالِ فيحصُلُ أصلُ السُّنّةِ بأيِّ شيءٍ أطعَمَه ولو موسِرًا للخبرِ الصّحيحِ عن أنَسٍ «ما أولَمَ رَسولُ اللّه ﷺ على شيءٍ من نِسائِه ما أولَمَ على زَيْنَبَ أولَمَ بشاةٍ» وصرّح الجُرْجانيُّ بنَدْبِ عدمِ كسرِ عَظْمِها كالعقيقة وقد يوَجَّه بنظيرِ ما قالوه ثَمَّ من أنّ فيه تَفاؤُلاً بسَلامةِ أخلاقِ الزوجةِ وأعضائِها كالولدِ ويُؤْخَذُ منه أنّه يُسَنُّ هنا في المذبوحِ ما يُسَنُّ في العقيقة وبحث الأذرَعيُّ أنّها لو اتَّحَدَتْ وتعدَّدَت الزوجاتُ وقَصَدَها عنهُنّ كفت.

وفيه نَظَرٌ والذي يُتَّجه أنّها كالعقيقة فتتعدَّدُ بتعدُّدِهِنّ مُطْلَقًا فإنْ قُلت هل يُمْكِنُ الفرقُ بأنّ العقيقة فِداءٌ عن النّفْسِ فتعدَّدَتْ بعددِها بخلافِ الوليمةِ قُلْت يُمْكِنُ إنْ لم يكن في الوليمةِ نحوُ ذلك وهو بَعيدٌ والظّاهرُ أنّ سِرَّها رَجاءُ صلاحِ الزوجةِ ببَرَكتها فكانتْ كالفِداءِ عنها فلْتَتعدَّدْ بعددِها ويُؤَيِّدُ التّسويةَ ما تقرّر عن الجُرْجانيِّ ويُؤْخَذُ من ذلك أنّه يُنْدَبُ لها إذا لم يولِم الزوجُ أنْ تولِمَ هي رَجاءَ صلاحِ الزوجِ لها كما يُنْدَبُ لِمولودٍ تَرَكَ وليُّه العقَّ عنه أنْ يَعُقَّ عن نفسِه بعدَ بُلوغِه وهو مُحْتَمَلٌ إلا أنْ يُفَرَّقَ بأنّ الولدَ هو المقصودُ بالعقيقة فلم تَفُتْ ببُلوغِه بل تأكَّدَتْ والزوجةُ ليستْ هي المقصودةُ بالوليمةِ وسَكتوا عن نَدْبِها لِلتَّسَرّي وظاهرُ ما جاءَ عن الصّحابةِ رضي الله عنهم من التّرَدُّدِ بعدَ وليمةِ صَفيّةَ في أنّها زوجةٌ أو سُرّيّةٌ أنّهم كانوا يألَفونَها لِلسُّرّيّةِ وإلا لَجَزَموا بأنّها زوجةٌ وعليه فلا فرقَ فيها بين ذات الخطرِ وغيرِها؛ لأنّ القصْدَ بها. ما مَرَّ وهو لا يتقَيَّدُ بذات الخطرِ ونَقَلَ ابنُ الصّلاحِ أنّ الأفْضَلَ فعلُها ليلاً؛ لأنّها في مُقابَلةِ نِعْمةٍ ليليّةٍ ولِقولِه تعالى ﴿فَإِذَا طَعِمْتُمْ فَٱنتَشِرُوا۟﴾ [الأحزاب: ٥٣] وكان ذلك ليلًا اهـ.

وهو مُتَّجَهٌ إنْ ثَبَتَ أنّه ﷺ فعلها ليلاً، (والإجابةُ إليها) بناءً على أنّها سُنّةٌ (فرضُ عَينٍ) لِخبرِ مسلم «شَرُّ الطّعامِ طَعامُ الوليمةِ يُدْعَى إليها الأغنياءُ ويُتْرَكُ الفُقَراءُ» و«مَنْ لم يُجِب الدعوةَ»[1] أي بفتحِ الدّالِ وقولُ قُطْرُبَ بضَمِّها غَلَّطوه فيه كذا قاله جمعٌ ويُنافيه قولُ القاموسِ وتُضَمُّ إلا أنْ يُجابَ بأنّ سببَ التّغْليظِ أنّ قُطْرُبَ يوجِبُ الضّمَّ فقد عَصَى اللّهَ ورَسوله والمُرادُ وليمةُ العُرْسِ؛ لأنّها المعهودةُ عندَهم وللخبرِ الصّحيحِ «إذا دُعِيَ أحدُكم إلى وليمةِ عُرْسٍ فلْيُجِبْ» ولا تجبُ إجابةٌ لِغيرِ وليمةِ عُرْسٍ ومنه وليمةُ التّسَرّي كما هو ظاهرٌ وقيلَ تجبُ واختارَه السُّبْكيُّ لا خيارَ فيه (وقيلَ) فرضُ (كِفايةٍ) ويصِحُّ الرّفْعُ؛ لأنّ القصْدَ إظْهارُ الحلالِ عن السِّفاحِ وهو حاصِلٌ بحُضورِ البعضِ ويَرِدُ بفرضِ تَسليمِ ما عَلَّلَ به بأنّه يُؤَدّي إلى التّواكلِ (وقيلَ سُنّةٌ)؛ لأنّه تمليكُ مالٍ فلم تجبْ ويَرِدُ بأنّ الأكلَ سُنّةٌ لا واجبٌ أمّا على أنّها واجبةٌ فتجبُ الإجابةُ إليها قطعًا أي بالشُّروطِ الآتيةِ كما اقتضتْه عبارةُ الروضةِ، (وإنّما تجبُ) الإجابةُ على الصّحيحِ (أو تُسَنُّ) على مُقابِلِه أو عندَ فقْدِ بعضِ شُروطِ الوجوبِ أو في

(١) [صحيح] أخرجه: مسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٣٢]، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

بشَرْطِ أَنْ ....

بَقيّةِ الولائِمِ (بشرطِ أنْ) يَخُصَّه بدعوةٍ ولو بكِتابةٍ أو رِسالةٍ مع ثِقة أو مُمَيِّزٍ لم يُجَرَّبْ عليه الكذِبَ جازِمةً لا إنْ فتَحَ بابَه وقال ليحضُرْ مَنْ شاءَ أي إلا إنْ دَعاه بخُصوصِه مع ذلك فيما يظهرُ لا سيَّما إنْ كان قولُه ذلك لِعُذْرٍ كأنْ قصَدَ به استيعابَ نحوِ الفُقَراءِ ثَمَّ وأفْهَمَ قولُهم وقال إنّ مُجَرَّدَ فتْحِ البابِ لا أثَرَ له أو قال له أحضِرْ إنْ شِئْتَ إلا أنْ تَظْهَرَ القرينةُ على أنّه إنّما قاله تأدُّبًا وتعطُّفًا مع ظُهورِ رَغْبَته في حُضورِه كظُهورِها في إنْ شِئْت أنْ تُجَمِّلَني فإنّ فيه طلب الحُضورِ والاحتياجِ إليه لِلتَّجَمُّلِ به ومن ثَمَّ جَزَمَ شارِحٌ بلُزومِ الإجابةِ فيه وأمّا اعتراضُ غيرِه له بأنّه كما لو قال له إنْ شِئْت أنْ تَحْضُرَ فاحضُرْ فبَعيدٌ؛ لأنّ ظاهرَ هذه يُشْعِرُ بالاستغناءِ عن حُضورِه ومن ثَمَّ اتُّجه أنّه لو ظهرتْ قرينةُ التّأدُّبِ فيها كانت كالأولى.

وقد يُفْهِمُ هذا الشرطُ قوله الآتي وأنْ يدعوَه كما أخذَه منه غيرُ واحدٍ وأنْ يكون مسلمًا فلا تجبُ إجابةُ ذِمّيٍّ بل تُسَنُّ إنْ رُجِيَ إسلامُه أو كان نحوَ قريبٍ أو جارٍ وسيأتي في الجِزْيةِ حرمةُ الميْلِ إليه بالقلْبِ ولا يلزمُ ذِمّيًّا إجابةُ مسلم وأنْ لا يكون في مالِ الدّاعي شُبهةٌ أي قويّةٌ بأنْ يعلَمَ أنّ في مالِه حرامًا ولا يعلَمُ عَيْنَه وإنْ لم يكن أكثرُ مالِه حرامًا فيما يظهرُ خلافًا لِما يقتضيه كلامُ بعضِهم من التقييدِ بذلك لكن يُؤَيِّدُه أنّه لا تُكْرَه مُعامَلَتُه والأكلُ منه إلا حينئذٍ ويُجابُ بأنّه يحتاطُ للوجوبِ ما لا يحتاطُ للكراهةِ وقَيَّدْت بقَوِيّةٍ؛ لأنّه لا يوجَدُ الآنَ مالٌ ينفَكُّ عن شُبهةٍ وأنْ لا تَدْعوَه امرَأةٌ أجنَبِيّةٌ إلا إنْ كان ثَمَّ نحوُ محرَمٍ له أنثى يحتَشِمُها أو لها وأذِنَ زوجُ المُزَوَّجةِ وسُنّ لها الوليمةُ وإلا لم تجب الإجابةُ وإنْ لم تكن خَلْوةٌ مُحَرَّمةٌ خَشْيةَ الفتنةِ والرّيبةِ ومن ثَمَّ لو كان كسُفْيانَ وهي كرابِعةَ وجَبَت الإجابةُ ويظهرُ أنّ دعوَتَها أكثرَ من رجلٍ كذلك ما لم يحصُلْ جمعٌ تُحيلُ العادةُ معهم أدْنى فتنةٍ أو ريبةٍ كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي آخِرَ العددِ ويُتَصَوَّرُ اتِّحادُ الرّجُلِ مع اشتراطِ عمومِ الدعوةِ بأنْ لا يكون أو لا يعرِفُ ثَمَّ غيرَه بل يأتي في هذا الشرطِ ما يُعْلَمُ منه أنّه قد يَتَّحِدُ لِقِلّةِ ما عندَه ومن صوَرِ وليمةِ المراةِ أنْ تولِمَ عن الرّجُلِ بإذْنِه كذا قيلَ وفيه نَظَرٌ فإنّ الذي يظهرُ حينئذٍ أنّ العبرةَ بدعوَته لا بدعوَتها؛ لأنّ الوليمةَ صارتْ له بإذْنِه لها المقتضي لِتقديرِ دخولِ ذلك في ملكِه نظيرُ إخراجِ الفطرةِ عن الغيرِ بإذْنِه وحينئذٍ فيَتَعيَّنُ أنْ يُزاد في التّصويرِ أنّه أذِنَ لها في الدعوةِ أيضًا وأنْ لا يُعْذَرَ بمُرَخِّصٍ في الجماعةِ مِمّا مَرَّ كما في البيانِ وغيرِه وإنْ تَوَقَّفَ الأذرَعيُّ في إطلاقِه وأنْ لا يكون الدّاعي فاسِقًا أو شِرّيرًا طالِبًا للمُباهاةِ والفخرِ كما في الإحياءِ وبه يُعْلَمُ اتِّجاه قولِ الأذرَعيِّ مَنْ جازَ هَجْرُه لا تجبُ إجابَتُه وأنْ لا يُدْعَى قبلُ وتجبُ الإجابةُ إذِ الذي يظهرُ أنّ الدعوةَ التي لا تجبُ إجابَتُها كالعدمِ بل يُجيبُ الأسبَقَ فإنْ جاءا مَعًا أجابَ الأقرَبَ رَحِمًا فدارًا فإن استَوَيا أقرَعَ وظاهرُ قولِهم أجابَ الأقرَبَ وقولِهم أقرَعَ وجوبُ ذلك عليه وفيه ما فيه ولو قيلَ إنّه مَندوبٌ لِلتّعارُضِ المُسقِطِ للوجوبِ لم يَبْعُدْ وأنْ يكون الدّاعي مُطْلَقَ التّصرُّفِ فلا يُجيبُ غيرَه وإنْ أذِنَ له وليُّه لِعِصْيانِه بذلك نعم، إنْ أذِنَ لِعبدِه في أنْ يولِمَ كان كالحُرِّ لكن إنْ أذِنَ

لا يَخُصَّ الأغنياءَ وأنْ يَدْعوَه في اليومِ الأوَّلِ، فإنْ أولَمَ ثَلاثةً لم تَجِبْ في الثّاني، وتُكْرَه في الثّالِثِ.

له في الدعوةِ أيضًا فيما يظهرُ نظيرُ ما مَرَّ آنِفًا ولو اتَّخذَها الوليُّ من مالِ نفسِه وهو أبٌ أو جَدٌّ وجَبَ الحُضورُ كما بحثه الأذرَعيُّ وأنْ يكون المدْعوُّ حُرًّا ولو سفيهًا أو عبدًا بإذْنِ سيِّدِه أو مُكاتَبًا لم يَضُرَّ حُضورُه بكسبه أو أذِنَ سيِّدُه أو مُبَعَّضًا في نَوْبَته وغيرَ قاضٍ أي في مَحَلِّ وِلايَته لكن يُسَنُّ له ما لم يَخُصَّ بها بعضَ النّاسِ إلا مَنْ كان يَخُصُّهم قبلَ الوِلايةِ فلا بَأسَ باستمرارِه على ذلك قال الماوَرْديُّ والرّويانيُّ والأولى في زَمانِنا أنْ لا يُجيبَ أحدٌ الخبيثَ النّيّات وألْحَقَ به الأذرَعيُّ كلَّ ذي وِلايةٍ عامّةٍ في مَحَلِّ وِلايَته وبحث استثناءَ أبعاضِه ونحوِهم أي فيلزمُه إجابَتُهم؛ لأنّ حكمَه لا ينفُذُ لهم وأنْ لا يعتَذِرَ لِلدّاعي فيعذُرَه أي عن طيبِ نفسٍ لا عن حياءٍ بحسبِ القرائِنِ كما هو ظاهرٌ، وأنْ (لا يَخُصَّ الأغنياءَ) مثلاً بالدعوةِ أي أنْ لا يظهرَ منه قصْدُ التّخْصيصِ بهم عُرْفًا فيما يظهرُ لأجلِ غِناهم أو غيرِه لِغيرِ عُذْرٍ كقِلّةِ ما عندَه فإنْ ظهر منه ذلك كذلك لم تجبْ عليهم فضلاً عن غيرِهم أمّا إذا خَصَّهم لا لِغناهم مثلاً بل لِجِوارٍ أو اجتماعِ حِرْفة أو قِلّةِ ما عندَه فيلزمُهم كغيرِهم الإجابةُ وهذا الذي ذكرْته هو مُرادُ المُحَرِّرِ بقولِه منها أنْ يدعوَ جميعَ عَشيرَته وجيرانِه أغنياءَهم وفُقَراءَهم دون أنْ يَخُصَّ الأغنياءَ وإذا كان مُرادُه ما ذُكِرَ لم يَرُدَّ عليه قولُ الأذرَعيِّ في اشتراطِ التعميمِ مع فقْرِه نَظَرٌ قال والظّاهرُ أنّ المُرادَ بالجيرانِ هنا أهلُ مَحَلَّته ومسجِدِه دون أربَعين دارًا من كلِّ جانِبٍ.

(تنبية) استَشْكلَ الزّركشيُّ هذا الشرطَ فقال ما حاصِلُه أنّ جُمْلةَ يُدْعَى إليها في الخبرِ السّابِقِ حاليّةٌ مُقَيِّدةٌ لِكونِ طَعامِها شَرَّ الطّعام فلو دَعا عامًّا لم يكن سياقَ الحديثِ يقتضي أنّه مع ذلك التّخْصيصِ لا يسقُطُ الطّلَبُ فما ذكرَه في أنْ لا يَخُصَّ مُشْكِلٌ اهـ وقد يُجابُ بأنّ جُمْلةَ يُدْعَى بَيانٌ لِكونِ الغالِبِ في طَعامِ الوليمةِ ذلك وأمّا وجوبُ الإجابةِ فمعلومٌ من القواعِدِ أنّ سببَه التّواصُلُ والتّحابُبِ بين النّاسِ وهذا إنّما يحصُلُ حيثُ لم يظهرْ منه قصْدٌ موغِرٌ لِلصُّدورِ ومن شَأنِ التّخصيصِ ذلك فأبطَلَ سبَبَ الوجوبِ الذي ذُكِرَ فالحاصِلُ أنّ الكلامَ في مَقامَين بَيانُ ما جُبِلَ عليه النّاسُ في طَعامِها وهو الرّياءُ وما جُبِلوا عليه في إجابَتِها وهو التّواصُلُ والتّحابُبُ فتأمّلْه.

(وأنْ يدعوَه) بخُصوصِه كما مَرَّ (في اليوم الأوّلِ فإنْ أولَمَ ثلاثةً) من الأيام (لم تجبْ في) اليومِ (الثاني) بل تُستَحَبُّ وهو دون سُنّيَّتها في الأوّلِ في غيرِ العُرْسِ وقيلَ تجبُ واعتمده الأذرَعيُّ إنْ لم يُدْعَ في اليومِ الأوّلِ أو دُعيَ وامتنع لِعُذْرٍ ودُعيَ في الثاني، (وتُكْرَه في) اليوم (الثالِثِ) للخبرِ الصّحيحِ المُتَّصِلِ «الوليمةُ في اليومِ الأوّلِ حَقٌّ وفي الثاني معروفٌ وفي الثالث رياءٌ وسُمْعةٌ»(١) وظاهرٌ أنّ تعدُّدَ

(١) [ضعيف] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٥/ ٢٨]، وأبو داود في (سننه) [رقم/ ٣٧٤٥]، والدارمي في (سننه) [رقم/ ٢٠٦٥]، وغيرهم من طريق: عبد الله بن عثمان الثقفي عن رجل من ثقيف أعور به نحوه.
قلتُ: حديث ضعيف. ينظر: (ضعيف سنن أبي داود) للألباني [رقم/ ٧٩٩].

وأنْ لا يُحضِرَه لِخَوْفٍ أو طَمَعٍ في جاهِه، وأنْ لا يَكونَ ثَمَّ مَنْ يَتأذَّى به أو لا يَليقُ به مُجالَسَتُه ولا مُنْكَرٌ، فإنْ كان يَزولُ بحُضورِه فَلْيَحْضُرْ.

الأوقات كتعدُّدِ اليومِ وأنّه لو كان لِعُذْرٍ كضيقِ منزلٍ وجَبَت الإجابةُ مُطْلَقًا، (وأنْ لا يُحْضِرَه) بضَمِّ أوّلِه (لِخوفٍ) منه (أو طَمَعٍ في جاهِه) أو ليُعاوِنَه على باطِلٍ بل لِلتَّقَرُّبِ والتَّوَدُّدِ المطلوبِ أو لِنحوِ علمِه أو صلاحِه ووَرَعِه أوّلاً بقَصْدِ شيءٍ كما هو ظاهرٌ.

قال في الإحياءِ وينبغي أنْ يُسَنّ كما هو ظاهرٌ أنْ يقصِدَ بالإجابةِ الاقتداءَ بالسُّنَّةِ حتى يُثابَ وزيارةَ أخيه وإكرامَه حتى يكون من المُتَحابّين المُتَزاورين في اللّه تعالى أو صيانةَ نفسِه عن أنْ يُظَنّ به كِبْرٌ أو احتقارٌ لِمسلمٍ، (وأنْ لا يكون ثَمَّ) أي بالمحَلِّ الذي يحضُرُ فيه (مَنْ يتأذّى) المدْعوُّ (به) لِعداوةٍ ظاهرةٍ بينهما أو لِحَسَدٍ ذاك لهذا دون عكسِه فيما يظهرُ نعم، إنْ كان حُضورُه يُحَرِّكُ حَسَدًا عندَه لِمَنْ يَراه ثَمَّ ولا يقدِرُ على دَفْعِه فظاهرٌ أنّه لا يلزمُه الحُضورُ نظيرُ ما يأتي في أنْ لا يكون ثَمَّ مُنكَرٌ (أو لا يَليقُ به مُجالَسَتُه) كالأراذِلِ وأمّا قولُ الماوَرْديِّ والرّويانيِّ لو كان هناك عَدوٌّ له أو دَعاه عَدوُّه لم يُؤَثِّرْ في إسقاطِ الوجوبِ فمحمولٌ.

كما قاله الأذرَعيُّ على ما إذا كان لا يتأذّى به وفيه نَظَرٌ مع ما مَرّ من اشتراطِ ظُهورِ العداوةِ فالوجه حملُه على ما إذا كانت العداوةُ منه نظيرُ ما ذكرْته في الحسَدِ وليس كثرةُ الزّحْمةِ عُذْرًا إنْ وجد سعةً أي لِمَدْخَلِه ومجلِسِه وأمِنَ على نحوِ عِرْضِه كما عُلِمَ مِمّا مَرّ عن البيانِ وإلا عُذِرَ، (و) أنْ (لا) يكون بمَحَلِّ حُضورِه (مُنكَرٌ) أي مُحَرَّمٌ ولو صَغيرةً كآنيةِ نَقْدٍ يُباشِرُ الأكلَ منها من غيرِ الحيلةِ السّابِقةِ بخلافِ مُجَرَّدِ حُضورِها بناءً على ما يأتي في صورةٍ غيرِ مُمْتَهنةٍ أنّه لا يحرُمُ دخولُ مَحَلِّها وكنَظَرِ رجلٍ لامرَأةٍ أو عكسِه وبه يُعْلَمُ أنّ إشرافَ النّساءِ على الرِّجالِ عُذْرٌ وكآلةِ طَرَبٍ مُحَرَّمةٍ كذي وتَرٍ أو شَعْرٍ وكالضّرْبِ على الصِّينيِّ كما يأتي وكزَمْرٍ ولو بشَبّابةٍ وكطَبْلِ كوبةٍ وكداعيةٍ لِبِدْعةٍ وكمَنْ يَضْحَكُ لِفُحْشٍ أو كذِبٍ أمّا مُحَرَّمٌ ونحوُه مِمّا مَرّ بغيرِ مَحَلِّ حُضورِه كبيتٍ آخرَ من الدّار فلا يمنعُ الوجوبَ كما صرّح به بعضُهم ويوافِقُه قولُ الحاوي إذا لم تُشاهَد الملاهي لم يَضُرَّ سماعُها كالتي بجِوارِه ونَقَله الأذرَعيُّ عن قضيّةِ كلامِ كثيرين منهم الشيخانِ ثمّ نَقَلَ عن قضيّةِ كلامِ آخرين أنّه لا فرقَ بين مَحَلِّ الحُضورِ وسائرِ بُيوتِ الدّارِ واعتمده فقال المختارُ أنّه لا تجبُ الإجابةُ بل لا تَجوزُ لِما في الحُضورِ من سوءِ الظّنِّ بالمدْعوِّ وبه فارَقَ الجارَ وفَرّقَ السُّبْكيُّ أيضًا بأنّ في مُفارَقة دارِه ضَرَرًا عليه ولا فعلَ منه بخلافِ هذا فإنّه تعمَّدَ الحُضورَ لِمَحَلِّ المعصيةِ بلا ضَرورةٍ وما قالاه هو الوجه الذي لا يَسوغُ غيرُه وبِتَسليمِ أنّ قضيّةَ كلامِ الأوّلين الحِلُّ يَتعيَّنُ حملُه على ما إذا كان ثَمَّ عُذْرٌ يمنعُ من كونِه مُقِرًّا على المعصيةِ من غيرِ ضَرورةٍ (فإنْ كان) المُنْكَرُ (يَزولُ بحُضورِه) لِنحوِ علمٍ أو جاهٍ (فلْيحضُرْ) وجوبًا على المنقولِ المعتمدِ ليحصُلَ فرضَي الإجابةِ وإزالةِ المُنْكرِ ووجودُ مَنْ يُزيلُه غيرُه لا يمنعُ الوجوبَ عليه؛ لأنّه ليس للإجابةِ فقط كما تقرّر ولو لم يعلم به إلا بعدَ حُضورِه نَهاهم فإنْ عَجَزَ

وَمِن المُنْكرِ فِراشُ حَريرٍ وصورةُ حَيَوانٍ على سَقْفٍ أو جِدارٍ أو وِسادةٍ أو سِتْرٍ ....

خرج فإنْ عَجزَ لِنحوِ خوفٍ قعد كارِهًا ولا يجلسُ معهم إنْ أمكنَ ويُفَرَّقُ بين وجوبِ الإجابةِ وإزالةِ المُنْكرِ بشرطِه الآتي في السِّيَرِ وعدمِ وجوبِ إزالةِ الرّصَديِّ في الحجِّ وإنْ قدرَ عليها بأنّ من شأنِ الحجيجِ أنْ لا تجتَمِعَ كلِمَتُهم ومانِعيهم أنْ تَشْتَدَّ شَوْكتُهم مع أنّ الأصلَ في الوجوبِ ثَمَّ التّراخي وهنا الفَوْرُ فاحتيطَ للوجوبِ هنا أكثرَ.

(ومن المُنكرِ فِراشُ حَريرٍ) في دعوةٍ اتُّخِذَتْ لِلرِّجالِ وظاهرُ كلامِهم هنا أنّ العبرةَ في الذي يُنْكِرُ باعتقادِ المدْعوّ وبه عَبَّرَ جمعٌ من الشُّرّاحِ وغيرِهم ولا يُنافيه ما يأتي في السِّيَرِ أنّ العبرةَ في الذي يُنْكِرُ باعتقادِ الفاعِلِ تَحْريمَه؛ لأنّ ما هنا في وجوبِ الحُضورِ ووجوبه مع وجودِ مُحَرَّمٍ في اعتقادِه فيه مَشَقّة عليه فسَقَطَ وجوبُ الحُضورِ لِذلك وأمّا الإنكارُ ففيه إضْرارٌ بالفاعِلِ ولا يَجوزُ إضْرارُه إلا إن اعتقد تَحْريمَه بخلافِ ما إذا اعتَقَدَه المُنْكِرُ فقط؛ لأنّ أحدًا لا يُعامَلُ بقضيّةِ اعتقادِ غيرِه فتأمّلْه وإذا سقَطَ الوجوبُ وأرادَ الحُضورَ اعْتُبِرَ حينئذٍ اعتقادُ الفاعِلِ فإن ارتكبَ أحدٌ مُحَرَّمًا في اعتقادِه لَزِمَ هذا المُتبَرِّعَ بالحُضورِ الإنكارُ فإنْ عَجزَ لَزِمَه الخُروجُ إنْ أمكنَه عَملاً بكلامِهم في السِّيَرِ حينئذٍ ثمّ رأيت غيرَ واحدٍ قالوا المنقولُ أنّه لا يحرُمُ الحُضورُ إلا إن اعتقد الفاعِلُ التحريمَ وهو صريحٌ فيما ذكرْته وسواءٌ فيما ذكرْته النّبيذُ وغيرُه.

خلافًا لِمَنْ فرَّقَ ولا يُنافيه قولُ الشافعيِّ رضي الله عنه في شارِبه الحنَفيِّ: أحُدُّه وأقبلُ شهادَتَه؛ لأنّ المعتمدَ في تعليلِه أنّ الحاكِمَ يجبُ عليه رِعايةُ اعتقادِه دون المرْفوعِ إليه وكفرشِ الحريرِ سَتْرُ الجُدُرِ به بل أولى؛ لأنّ هذا يحرُمُ حتى على النّساءِ وفرشُ جُلودِ السِّباعِ وعليها الوبَرُ؛ لأنّه شأنُ المُتَكبِّرين قيلَ الأولى التعبيرُ بفرشِ الحريرِ؛ لأنّه المُحَرَّمُ دون الفِراشِ؛ لأنّه قد يكونُ مَطْويًا اهـ وهو غيرُ صحيحٍ؛ لأنّ فرشَ الحريرِ لا يحرُمُ مُطْلَقًا بل لِمَنْ عُلِمَ منه أنّه يجلسُ عليه جُلوسًا مُحَرَّمًا على أنّ كلامَه في مُنْكرٍ حاضِرٍ بمَحَلِّ الدعوةِ والفرشُ لا يوصَفُ بذلك فتعيَّنَ التعبيرُ بالفِراشِ واحتمالُ طَيِّه يَرُدُّه قرينةُ السِّياقِ أنّه جَلَسَ عليه (وصورةُ حيوانٍ) مُشْتَمِلةٌ على ما لا يُمْكِنُ بَقاؤُه بدونِه دون غيرِه وإنْ لم يكن لها نظيرٌ كفَرَسٍ بأجنِحةٍ هذا إنْ كانت بمَحَلِّ حُضورِه لا نحوِ بابٍ ومَمَرٍّ كما قالاه قدَرَ على إزالَتها أم لا ولُزومُ الإزالةِ مع القُدْرةِ معلومٌ فلا يُرَدُّ هنا ألا ترى أنّ مَنْ بطَريقِه مُحَرَّمٌ تَلْزَمُه الإجابةُ ثمّ إنْ قدَرَ على إزالَته لَزِمته وإلا فلا فكذا هنا والحاصِلُ أنّ المُحَرَّمَ من الصّوَرِ إنْ كان بمَحَلِّ الحُضورِ لم تجب الإجابةُ وحَرُمَ الحُضورُ أو بنحوِ مَمَرِّه وجَبَتْ إذْ لا يُكْرَه الدُّخولُ إلى مَحَلٍّ هي بمَمَرِّه وكان سبَبُه أنّ في تعليقِها ثَمَّ نَوْعَ امتهانٍ فلم تكن كالتي بمَحَلِّ الحُضورِ وكانتْ (على سقْفٍ أو جِدارٍ أو وِسادةٍ) مَنصوبةٍ لِما يذكرُه في المِخَدّةِ إذْ هما مُترادِفانِ (أو سِتْرٍ) عُلِّقَ لِزينةٍ أو منفعةٍ ويُفَرَّقُ بين هذا وحَلِّ التّضْبيبِ لِحاجةٍ بأنّ الحاجةَ تُزيلُ مفسَدةَ النّقْدِ ثَمّ لِزَوالِ الخُيَلاءِ لا هنا؛ لأنّ تعظيمَ الصّورةِ بارتفاعِ مَحَلِّها باقٍ مع الانتفاعِ به.

أو ثَوْبٍ مَلْبوسٍ، ويَجوزُ ما على أرضٍ وبِساطٍ ومِخَدَّةٍ. وَمَقْطوعُ الرَّأسِ وصورةُ شَجَرٍ. وَيَحْرُمُ تَصْويرُ حَيَوانٍ.

(أو ثَوْبِ مَلْبوسٍ) ولو بالقوّةِ فيدخلُ الموضوعُ بالأرضِ كما قاله الأذرَعيُّ وذلك لِما في خبرِ مسلمٍ عن عائشةَ «أنّه ﷺ قدِمَ من سفرٍ وقد سترَتْ على صُفة لها سِتْرًا فيه الخيلُ ذَواتُ الأجنِحةِ فأمَرَ بنَزْعِها» وفي رِوايةٍ (قطَعْنا منه وِسادةً أو وِسادَتَين وكان ﷺ يرتَفِقُ بهما) وهو صريحٌ فيما قالوه هنا من التّفصيلِ واحتمالِ كونِ القطعِ في موضِعِ الصّورةِ فزالَتْ وجُعِلَتْ وِسادةً بَعيدٌ؛ لأنّ ظاهرَ اللّفظِ أنّ الصّورَ عامّةٌ لِجميعِ السُّتُرِ وهذا الخبرُ يُبَيِّنُ ما في الخبرِ المُتَّفَقِ عليه (أنّها اشترتْ له ﷺ ما يقعُدُ عليه ويتوسَّدُ به وفيه صورٌ فامتنع من الدُّخولِ عليها حتى تابَتْ واعتذَرَتْ ثمّ ذكرَ الوعيدَ الشّديدَ للمُصَوِّرين) وأنّ البيتَ الذي فيه صورةٌ أي وإنْ لم تَحْرُم؛ لأنّ غايتها أنّها كجُنُبٍ أو إناءِ بَوْلٍ ما دامَ فيه لا تَدْخُلُه الملائكةُ وقضيّةُ المتنِ والخبرِ حرمةُ دخولِ مَحَلِّ هذه الصّورةِ المُعَظَّمةِ وهو ما اعتمده الأذرَعيُّ لِنَقْلِ البيانِ له عن عامّةِ الأصحابِ والذّخائرُ عن الأكثرين والشّامِلُ عن أصحابِنا رَدًّا بذلك قولَ الشرحِ الصّغيرِ الأكثرون على الكراهةِ. وقولِ الإسنَويِّ إنّه الصّوابُ ويَلْحَقُ بها في ذلك مَحَلُّ كلِّ معصيةٍ.

(فرع): لا يُؤَثِّرُ حملُ النّقْدِ الذي عليه صورةٌ كامِلةٌ؛ لأنّه للحاجةِ ولأنّها مُمْتَهَنةٌ بالمُعامَلةِ بها ولأنّ السّلَفَ كانوا يَتعامَلون بها من غيرِ نكيرٍ ومن لازِمِ ذلك عادةُ حملِهم لها وأمّا الدراهِمُ الإسلاميّةُ فلم تَحْدُثْ إلا في زَمَنِ عبدِ الملِكِ وكان مَكْتوبًا عليها اسمُ اللّه واسمُ رَسولِه ﷺ.

(ويَجوزُ) حُضورُ مَحَلٍّ فيه (ما) أي صورةٌ (على أرضٍ وبِساطٍ) يُداسُ (ومِخَدّةٍ) يُنامُ أو يُتَّكأُ عليها وما على طَبَقٍ وخِوانٍ وقَصْعةٍ وكذا إبريقٌ على الأوجَه؛ لأنّ ما يوطَأُ أو يُطْرَحُ مُهانٌ مُبْتَذَلٌ وقد يُؤْخَذُ منه أنّ ما رُفِعَ من ذلك لِلزّينةِ مُحَرَّمٌ وهو مُحْتَمَلٌ إلا أنْ يُقال إنّه موضوعٌ لِما يُمْتَهَنُ به فلا نَظَرَ لِما يعرِضُ له ويُؤَيِّدُه اعتبارُهم التعليقَ في السُّتُرِ دون اللُّبْسِ في الثّوْبِ نَظَرًا لِما أُعِدَّ له كلٌّ منهما (ومقطوعِ الرّأسِ) لِزَوالِ ما به الحياةُ فصار كما في قولِه (وصوَرِ شَجَرٍ) وكلِّ ما لا روحَ له كالقمَرَين؛ لأنّ ابنَ عَبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أذِنَ لِمُصَوِّرٍ. في ذلك.

(ويحرُمُ) ولو على نحوِ أرضٍ وما مَرَّ من الفرقِ إنّما هو في الاستدامةِ (تصويرُ حيوانٍ) وإنْ لم يكن له نظيرٌ كما مَرَّ بل هو كبيرةٌ لِما فيه من الوعيدِ الشّديدِ كاللّعْنِ وأنّ المُصَوِّرين أشَدُّ النّاسِ عَذابًا يومَ القيامةِ نعم، يَجوزُ تصويرُ لُعَبِ البنات؛ لأنّ (عائِشةَ رضي الله تعالى عنها كانت تَلْعَبُ بها عندَه ﷺ) رَواه مسلمٌ وحِكْمَتُه تَدْريبُهُنّ أمرَ التّربيةِ وخرج بحيوانٍ تصويرُ ما لا رَأسَ له فيَحِلُّ خلافًا لِما شَذَّ به المُتَوَلّي وكفَقْدِ الرّأسِ فقْدُ ما لا حياةَ بدونِه نعم، يظهرُ أنّه لا يَضُرُّ فقْدُ الأعضاءِ الباطِنةِ كالكبِدِ وغيرِه؛ لأنّ الملْحَظَ المُحاكاةُ وهي حاصِلةٌ بدونِ ذلك ولا شيءَ لِمُصَوِّرٍ وقولُ الماوَرْديِّ له أُجْرةُ المثلِ ضعيفٌ بل شاذٌّ كما مَرَّ ولا أرشَ على كاسِرِه.

وَلا تَسقُطُ إجابةٌ بصَوْمٍ، فإنْ شَقَّ على الدّاعي صَوْمُ نَفْلٍ فالفِطْرُ أفْضَلُ. وَيأكُلُ الضَّيْفُ مِمّا قُدِّمَ له بلا لَفْظٍ، ولا يَتَصَرَّفُ فيه إلّا بالأَكْلِ.

(ولا تسقطُ إجابةٌ بصوم) لِخبرِ مسلم به وفيه أمرُ الصائمِ بالصّلاةِ أي الدُّعاءِ لِلرِّوايةِ الأخرى «فإنْ كان صائمًا دَعا لهم بالبرَكةِ» أي لأهلِ المنزلِ كما هو ظاهرُ السّياقِ لَكِنّ الدُّعاءَ لهم لا سيَّما بالمأثورِ سُنّةٌ للمُفطِرِ أيضًا فذكرَ الصائمَ هنا لَعلَّه لِكونِه منه آكدُ جَبْرًا لهم لِما فاتَهم من بَرَكةِ أكلِه ويحتَمِلُ أنّ المُرادَ هنا الدُّعاءُ للآكِلين جَبْرًا لهم لِما فاتَهم من بَرَكةِ صومِه وفيه أيضًا أمرَ المُفطِرَ بالأكلِ فقيلَ هو للوجوبِ في وليمةِ العُرْسِ وقيلَ سائرَ الولائِمِ ويحصُلُ بلُقْمةٍ وصَحَّحَه في شرح مسلم في موضِعٍ والأصحُّ أنّه مَندوبٌ ولا يُكرَه لِمَنْ دُعيَ وهو صائِمٌ أنْ يقولَ إنّي صائِمٌ أي إنْ أَمِنَ الرِّياءَ كما هو ظاهرٌ، (فإنْ شَقَّ على الدّاعي صومُ نفلٍ) ولو مُؤَكَّدًا (فالفطرُ أفضلُ) لإمكانِ تَدارُكِ الصوم لِنَدْبِ قضائِه ولِخبرٍ فيه لكن قال البيْهَقيُّ إسنادُه مُظْلِمٌ وفي الإحياءِ يُنْدَبُ أنْ ينويَ بفطرِه إدْخالَ السُّرورِ عليه أمّا إذا لم يَشُقَّ عليه فالإمساكُ أفْضَلُ وأمّا الفرضُ ولو موَسَّعًا فيحرُمُ الخُروجُ منه مُطلَقًا، (ويأكلُ الضّيفُ) جوازًا والمُرادُ به هنا كلُّ مَنْ حَضَرَ طَعامَ غيرِه وحَقيقَتُه الغريبُ ومن ثَمَّ تأكَّدَتْ ضيافَتُه وإكْرامُه من غيرِ تَكلُّفٍ خُروجًا من خلافِ مَنْ أوجَبَها (مِمّا قُدِّمَ له بلا لفظٍ) دَعاه أو لم يدعُه اكتفاءً بالقرينةِ إن انتظَرَ غيرَه لم يَجُزْ قبلَ حُضورِه إلا بلفظٍ وأفْهَمت من حرمةِ أكلِ جميعِ ما قُدِّمَ له وبه صرّح ابنُ الصّبّاغ ونَظَرَ فيه إذا قلَّ واقتضى العُرْفُ أكلَ جميعِه والذي يُتَّجه النَّظَرُ في ذلك للقَرينةِ القويّةِ فإنْ دَلَّتْ على أكلِ الجميعِ حَلَّ وإلا امتنع وصرّح الشيخانِ بكراهةِ الأكلِ فوقَ الشِّبَعِ وآخرون بحرمَته ويُجْمَعُ بحملِ الأوّلِ على مالِ نفسِه الذي لا يَضُرُّه والثاني على خلافِه ويضمنُه لِصاحِبه ما لم يعلم رِضاه به كما هو ظاهرٌ فإطلاقُ جمعٍ عدمَ ضمانِه يَتعيَّنُ حملُه.

على علمِ رِضا المالِكِ؛ لأنّه حينئذٍ كمالِ نفسِه ويظهرُ جَرَيانُ هذا التّفْصيلِ في الأكلِ حيثُ قيلَ بحرمَته قال ابنُ عبدِ السّلام ولو كان يأكلُ قدرَ عَشَرةٍ والمُصَنِّفُ جاهِلٌ به لم يَجُزْ له أنْ يأكلَ فوقَ ما يقتضيه العُرْفُ في مِقْدارِ الأكلِ لانتفاءِ الإذْنِ اللّفْظيِّ والعُرْفيِّ فيما وراءَه وكذا لا يَجوزُ له أكلُ لُقَمٍ كِبارٍ مُسرِعًا في مَضْغِها وابتلاعِها إذا قلَّ الطّعامُ؛ لأنّه يأكلُ أكثرَه ويحرِمُ غيرُه، ولا لِرَذيلٍ أكلٌ من نَفيسٍ بين يَدَيْ كبيرٍ خُصَّ به إذْ لا دَلالةَ على الإذْنِ له فيه بل العُرْفُ زاجِرٌ له عنه اهـ. وبه يُعْلَمُ أنّه يجبُ عليه مُراعاةُ القرائِنِ القويّةِ والعُرْفِ المُطّرِدِ ولو بنحوٍ فلا تَجوزُ الزّيادةُ عليها والنُّصْفة مع الرُّفْقة فلا يأخُذُ إلا ما يَخُصُّه أو يرضَوْنَ به لا لِحياءٍ وكذا يُقالُ في قِرانِ نحوِ تمرَتَين بل قيلَ أو سِمْسِمَتَين.

(ولا يتصَرَّفُ فيه) أي ما قُدِّمَ له (إلا بأكلٍ) لِنفسِه؛ لأنّه المأذونُ له فيه دون ما عداه كإطعامِ سائِلٍ أو هِرّةٍ وكتَصَرُّفِه فيه بنَقْلٍ له إلى مَحَلِّه أو بنحوِ بيعٍ أو هِبةٍ نعم، له وإنْ لم يملكْه خلافًا لِلزَّرْكَشيِّ؛ لأنّ المدارَ هنا على القرينةِ لا غيرُ تَلْقيمُ مَنْ معه ما لم يُفاوِتْ بينهم فيحرُمُ على ذي النّفيسِ تَلْقيمُ ذي الخسيسِ دون عكسِه كما هو ظاهرٌ والمُفاوَتةُ بينهم مَكروهةٌ أي إنْ خَشيَ منها ضَغينةً كما هو واضِحٌ

ولَه أخذُ ما يَعلمُ رِضاه بهِ. وَيَحِلُّ نَثْرُ سُكَّرٍ وغيرُه في الإملاكِ، ولا يُكرَه في الأَصَحِّ،

وأفهَمَ المتنُ أنّه لا يملكُه وإنّما هو إتلافٌ بإذْنٍ والمعتمدُ أنّه يملكُه بالازْدِرادِ أي يتبيَّنُ به ملكه له قُبَيْله فله الرُّجوعُ قبله وقولُ الشرحِ الصّغيرِ يملكه بالوضعِ بين يَدَيْه شاذٌّ بل قيلَ غَلَطٌ ونَقَلَ جمعٌ أنّه يملكُه بوَضْعِه في فمِه رُدَّ بأنّه سهوٌ والمُرادُ بالملكِ على القولِ به ملكُه لِعَيْنِه لكن ملكًا مُقَيَّدَ الامتناعِ نحوُ بيعِه عليه وقولُ جمعٍ يَجوزُ رَدُّه ابنُ الصّبّاغِ بأنّه لا يَجيءُ على أصلِنا نعم، ضَيْفُ الذّمّيِّ المشروطِ عليه الضّيافة يملكُ ما قُدِّمَ له اتّفاقًا فله الارتحالُ به، (وله) أي الضّيْفِ مثلًا (أخذُ ما) يشمَلُ الطّعامَ والنّقْدَ وغيرَهما وتخصيصُه بالطّعامِ رَدَّه في شرحِ مسلم فتَفَطَّنْ له ولا تَغْتَرَّ بمَنْ وهِمَ فيه (يعلَمُ) أو يَظُنُّ أي بقَرينةٍ قويّةٍ بحيثُ لا يختلفُ الرِّضا عنها عادةً كما هو ظاهرٌ (رِضاه به)؛ لأنّ المدارَ على طيبِ نفسِ المالِكِ فإذا قضَت القرينةُ القويّةُ به حَلَّ وتختَلِفُ قرائِنُ الرِّضا في ذلك باختلافِ الأحوالِ ومَقاديرِ الأموالِ وإذا جوَّزنا له الأخذَ فالذي يظهرُ أنّه إنْ ظَنَّ الأخذَ بالبدَلِ كان قرضًا ضَمينًا أو بلا بَدَلٍ تَوَقَّفَ الملكُ على ما ظَنّه لا يُقالُ قياسُ ما مَرَّ في تَوَقُّفِ الملكِ على الازْدِرادِ أنّه هنا يتوَقَّفُ على التّصرُّفِ فيه فلا يملكُه بمُجَرَّدِ قبضِه له؛ لأنّا نَقولُ الفرقُ بينهما واضِحٌ؛ لأنّ قرينةَ التقديمِ للأكلِ ثَمَّ قصَرَت الملك على حَقيقَته ولا يَتِمُّ إلا بالازْدِرادِ وهنا المدارُ على ظَنِّ الرِّضا فأُنيطَ بحسبِ ذلك الظّنِّ فإنْ ظَنّ رِضاه بأنّه يملكُه بالأخذِ أو بالتّصرُّفِ أو بغيرِهما عَمِلَ بمقتضى ذلك وعُلِمَ مِمّا تقرّر أنّه يحرُمُ التّطَفُّلُ وهو الدُّخولُ إلى مَحَلِّ الغيرِ لِتَناوُلِ طَعامِه بغيرِ إذْنِه ولا علمِ رِضاه أو ظَنِّه بقَرينةٍ مُعتَبَرةٍ بل يَفْسُقُ بهذا إنْ تكرَّرَ منه للحديثِ المشهورِ أنّه يدخلُ سارِقًا ويخرُجُ مُغيرًا وإنّما لم يَفْسُقْ بأوّلِ مَرّةٍ لِلشُّبْهةِ ولأنّ شرطَ كونِ السّرِقة فِسقًا مُساواةُ المسروقِ لِرُبُعِ دينارٍ كالمغصوبِ على ما فيهما ومنه أنْ يَدَّعيَ ولو صوفيًّا مسلَكًا وعالِمًا مُدَرِّسًا فيستصحِبُ جَماعَتَه من غيرِ إذْنِ الدّاعي ولا ظَنِّ رِضاه بذلك وأمّا إطلاقُ بعضِهم أنّ دعوتَه تَتَضَمَّنُ دعوةَ جَماعَته فليس في مَحَلِّه بل الصّوابُ ما ذكرْته فيه من التّفصيلِ، (ويَحِلُّ) لَكِنّ الأولى التّركُ (نَثْرُ سُكَّرٍ) وهو رَمْيُه مُفَرَّقًا (وغيرِه) كلوزٍ ودَنانيرَ ودَراهِمَ ونازع الأذرَعيُّ في حِلِّ نَثرِها بأنّ فيه إضاعةً وإيذاءً رُبَّما يُؤَدّي للقتلِ (في الإملاكِ) أي عقدِ النّكاحِ وكذا سائِرُ الولائِمِ كالخِتانِ.

(تنبيهٌ) قولُهم الأولى التّركُ يحتَمِلُ أنّه خاصٌّ بخُصوصِ النّثارِ فلا يُنافي قولَ المُتَوَلّي وجزم به غيرُ واحدٍ الأولى تقديمُ حُلْوٍ لِحاضِري عقدِ النّكاحِ ويحتَمِلُ العمومَ وأنّ ما ذكرَه المُتَوَلّي مَقالةٌ ثمّ رأيت الأُمَّ والمختصَرَ صَرَّحا بأنّ الوليمةَ تَشمَلُ الدعوةَ على الأملاكِ وهو يقتضي نَدْبَ إحضارِ طَعامٍ لا خُصوصِ الحُلْوِ وأنّ هذا غيرُ وليمةِ العُرْسِ أي لِحُصولِه ولو قُبَيْلَ العقدِ وتلك لا يدخلُ وقتُها إلا بتمامِ العقدِ كما مَرَّ.

(ولا يُكرَه في الأصحِّ) لِخبرِ (أنّه ﷺ حَضَرَ أملاكًا فيه أطباقُ اللّوزِ والسُّكَّرِ فأمسَكوا فقال ألا تنتَهِبون فقالوا نَهَيْتَنا عن النُّهْبَى فقال إنّما نَهَيْتُكم عن نُهْبةِ العساكِرِ أمّا العُرْسانِ فلا خُذوا على

ويَحِلُّ التِقاطُه، وتَرْكه أولَى.

اسم اللّه)(١) فجاذَبَنا وجاذبناه قال البيْهقيُّ إسنادُه مُنْقَطِعٌ وابنُ الجوْزِيِّ موضوعٌ ولِذلك انتصر جمعٌ للكراهةِ وأطالوا لِلنّهْيِ الصّحيحِ عن النُّهْبَى لكن بَيَّنَ الحافِظُ الهيْتَميُّ في مجمَعِه أنّ الطّبَرانيَّ رَواه في الكبيرِ بسَنَدٍ رِجالُه ثِقاتٌ إلا اثنين فإنّه لم يَجِدْ مَنْ ترجَمَهما وحينئذٍ فلا وضْعَ فيه ولا انقطاعَ وفي روايةِ الكبيرِ «سِلالَ الفاكِهةِ والسُّكَّرِ فأنْثِرْ عليهم» وأنّ ذلك بعدَ أنْ خطبَ ﷺ وأنْكحَ الأنصاريَّ وأمَرَ بالتّذْفيفِ على رَأسِه وأنّه قال ولم أنْهَكُم عن نُهْبَةِ الولائِمِ ألا فانتهِبوا(٢)، (ويَحِلُّ التقاطُه) للعلم برِضا مالِكِه (وتركُه أولى) وقيلَ أخذُه مَكْروهٌ وأطالوا في الانتصارِ له؛ لأنّه دَناءةٌ نعم، إنْ علم أنّ النّاثِرَ لا يُؤثِرُ به ولم يقدَحْ أخذُه في مُروءَته لم يكن تركُه أولى ويُكْرَه أخذُه من الهواءِ بإزارٍ أو غيرِه فإنْ أخذَه منه أو التقَطَه أو بَسَطَ ثَوْبَه لأجلِه فوقع فيه مَلَكه بالأخذِ ولو صَبيًّا وإنْ أخذَه قِنٌّ مَلَكه سيِّدُه فإنْ وقَعَ بحِجْرِه من غيرِ أنْ يَبْسُطَ له فسَقَطَ منه قبلَ قصْدِ أخذِه بعُذْرٍ أو غيرِه زالَ اختصاصُه به وإلا بَقِيَ ولا يملكُه؛ لأنّه لم يوجَدْ منه عندَ وُقوعِه بحِجْرِه قصْدُ تَمَلُّكٍ ولا فعلٍ لَكِنّه أولى به فيحرُمُ على غيرِه أخذُه منه ولا يملكُه بخلافِ ما مَرَّ في التّحَجُّرِ له؛ لأنّ ذاك غيرُ مملوكٍ بخلافِ هذا فإنّه باقٍ بملكِ النّاثِرِ ولم يأذَنْ له في أخذِه مِمَّنْ هو أولى به وبهذا يَتَّضِحُ إلحاقُهم سقْيَ أرضٍ أو حفرَ حُفْرةٍ لا بقَصْدِ الاصطيادِ فتَوَحَّلَ أو وقَعَ فيها صَيْدٌ وإلجاءُ سمَكةٍ لِبِرْكةٍ كبيرةٍ وأخذَ صَيْدٍ من دارِه التي لم يُغْلَقْ بابُها عليه بالتّحَجُّرِ في أنّه وإنْ كان أحَقَّ به لكن يملكُه آخِذُه وإنْ أثِمَ بدخولِه ملكه لا بالنّثارِ وأمّا ما أوهَمَه كلامُهما هنا من الفرقِ بين هذه الصّورةِ والتّحَجُّرِ فهو مَبنيٌّ على ضعيفٍ كما أفادَه كلامُهما في بابِ الصّيْدِ.



(١) [سنده ضعيف] أخرجه: الطبراني في (المعجم الكبير) [٢٠/ ٩٧]، والبيهقي في (السنن الكبرى) [٧/ ٢٨٨]، والطحاوي في (شرح معاني الآثار) [٣/ ٥٠]، وغيرهم من حديث: معاذ بن جبل رضي الله عنه.
قلتُ: سنده ضعيف.

(٢) [سنده ضعيف] أخرجه: العقيلي في (الضعفاء) [١/ ١٤٢]، من حديث: معاذ بن جبل رضي الله عنه.
قلتُ: سنده ضعيف.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب القَسْم والنُّشوزُ

يَخْتَصُّ القسْمُ بزَوْجاتٍ. وَمَنْ باتَ عندَ بعضِ نِسْوَتِه لَزِمَه عندَ مَنْ بَقِيَ، ....

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ القسْم

بفتحِ فسُكونٍ وأمّا بكسرٍ فسُكونٍ فالنّصيبُ وبِفتحِهما فاليمينُ (والنُّشوز) من نَشَزَ ارتَفع فهو ارتفاعٌ عن أداءِ الحقِّ ومن لازمِ بَيانِهما بَيانُ بَقيّةِ أحكامِ عِشْرةِ النّساءِ فاندَفع الاعتراضُ عليه بأنّه كان ينبغي أنْ يَزيدَ في التّرجَمةِ وعِشْرةِ النّساءِ؛ لأنّه مقصودُ البابِ.

(يختصُّ القسمُ) أي وجوبُه (بزوجاتٍ) حَقيقة فلا يتجاوَزُهنّ لِلرَّجْعيّةِ ولا للإماءِ ولو مُستولَداتٍ كما أشعَرَ به قوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء :٣] أي فإنّه لا يجبُ فيهنّ العدْلُ الذي هو فائِدةُ القسم لكن يُنْدَبُ أنْ لا يُعَطِّلَهُنّ وأنْ يُسَوّيَ بينهُنّ قيلَ كان ينبغي وتختَصُّ الزوجاتُ بالقسمِ؛ لأنّ الباءَ إنّما تَدْخُلُ على المقصورِ ا هـ.

وحَصْرُه ليس في مَحلِّه وتَحْريرُ ذلك أنّ الأصلَ في لفظِ الخُصوصِ وما يُشْتَقُّ منه أنْ تَدْخُلَ الباءُ في حَيِّزِه على المقصورِ عليه وهو ما له الخاصّةُ وهو الزوجاتُ هنا فمن ثَمَّ سلَكَ ذلك المُصَنِّفُ لِسَلامَته من التّضمينِ والتّجوُّزِ الآتيين وقد يضمنُ معنى التميزِ أو يُجْعَلُ مَجازًا مَشهورًا عنه لِتَدْخُلَ الباءُ حينئذٍ على المقصورِ الذي هو الخاصّةُ قيلَ وهذا أعرَبُ وأبيَنُ وأغلَبُ وكأنّ المعترِضَ اغتَرَّ بهذا لَكِنّه لم يَفِ بالتعبيرِ عنه.

(ومَنْ) له زوجاتٌ لا يلزمُه أنْ يَبيتَ عندَهُنّ كما يأتي نعم، إنْ (باتَ) في الحضَرِ أي صار ليلًا أو نَهارًا فالتعبيرُ بباتَ؛ لأنّ شأنَ القسمِ اللّيْلُ لا لإخراجِ مُكْثِه نَهارًا عندَ إحداهُنّ فإنّ الأوجَهَ أنّه يلزمُه أنْ يَمْكُثَ مثلَ ذلك الزّمَنِ عندَ الباقياتِ.

(عندَ بعضِ نِسوَته) بقُرعةٍ أو دونِها وإنْ أثِمَ فليس مقتضى عبارَته جوازَ المبيت عندَ بعضِهِنّ ابتداءً من غيرِ قُرعةٍ ولا معنى باتَ أرادَ خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه؛ لأنه إنّما جعلَ وجودَ المبيت بالفعلِ عندَ واحدةٍ شرطًا لِلُزومِ المبيت عندَ البقيّةِ وهذا لا يقتضِي شيئًا مِمّا ذُكِرَ كما هو واضِحٌ وبه يَتَّضِحُ أيضًا اندِفاعُ ما قيلَ عبارَتُه توهِمُ أنّه إنّما يجبُ إذا باتَ وليس كذلك بل يجبُ عندَ إرادَته ذلك (لَزِمَه) فوْرًا فيما يظهرُ هنا وفيما مَرَّ.

لا سيّما إنْ كان عَصَى بأنْ لم يُقْرِعْ؛ لأنّه حَقٌّ لازِمٌ وهو مُعَرَّضٌ لِلسُّقوطِ بالموت فلَزِمَه الخُروجُ منه ما أمكنَه وبهذا يُفَرَّقُ بينه وبين الحجِّ ودَيْنٍ لم يعصِ به أنْ يَبيتَ (عندَ مَنْ بَقِيَ) منهم تَسويةً بينهُنّ

ولو أعْرَضَ عنهُنّ أو عَن الواحِدةِ لم يأثَم، وَيُسْتَحَبُّ أنْ لا يُعَطِّلهنّ، وَتَسْتَحِقُّ القسْمَ مَريضةٌ ورَتْقاءُ ....

للخبرِ الصّحيحِ «إذا كان عندَ الرّجُلِ امرأتانِ فلم يعدِلْ بينهما جاءَ يومَ القيامةِ وشِقُّه مائِلٌ أو ساقِطٌ»(١) وقد كان ﷺ على غايةٍ من العدْلِ في القسمِ وقولُ الإصطَخْريِّ إنّه كان تَبَرُّعًا منه لِعدمِ وجوبه عليه لقوله تعالى ﴿تُرْجِى مَن تَشَآءُ مِنْهُنَّ﴾ [الأحزاب :٥١] الآيةَ خلافُ المشهورِ لكن اختارَه السُّبْكيُّ وخرج بنفيِ الحضَرِ ما لو سافَرَ وحدَه ونكحَ جَديدةً في الطّريقِ وباتَ عندَها فلا يلزمُه قضاءٌ للمُتَخَلِّفات والأولى أنْ يُسَوِّيَ بينهُنّ في سائِرِ الاستمتاعات ولا يجبُ لِتعلُّقِها بالمَيْلِ القهْريِّ وكذا في التّبرُّعات الماليّةِ فيما يظهرُ خُروجًا من خلافِ مَنْ أوجبَ التّسويةَ فيها أيضًا، (ولو أعرَضَ عنهُنّ أو عن الواحدةِ) ابتداءً أو عندَ استكْمالِ النّوْبةِ بالنّسبةِ لهنّ (لم يأثَم)؛ لأنّ المبيتَ حَقُّه ولأنّ في داعيةِ الطّبْعِ ما يُغْني عن إيجابه، (و) لكن (يُستَحَبُّ أنْ لا يُعَطِّلَهُنّ) أي مَنْ ذُكِرْنَ الشّامِلَ للواحدةِ وأكثرَ من الجِماعِ والمبيت تَحصينًا لهنّ لِئَلاّ يُؤَدِّيَ إلى فسادِهِنّ أو إضرارِهِنّ سيَّما إنْ كانت عندَه سُرِّيّةٌ جميلةٌ آثَرَها عليها أو عليهِنّ ومن ثَمّ اختارَ جمعٌ قولَ المُتَولّي يُكْرَه الإعراضُ عنهُنّ وقَوّى الوجهَ المُحَرِّمَ لِذلك وقد لا يَجوزُ الإعراضُ لِعارِضٍ كأنْ ظَلَمَها ثُمّ بانَ منه المظْلومُ لهنّ فيلزمُه أنْ يقضيَ على ما بحثه القموليُّ وسبقَه إليه غيرُه لَكِنّ المعتمدَ خلافُه إذْ لا يُتَصَوَّرُ القضاءُ إلا من نَوَبِ المظْلومِ لهنّ فلا قضاءَ إلا إنْ أعادَهُنّ ولا تجبُ الإعادةُ لأجلِ ذلك على الأوجَه؛ لأنّ تَحْصيلَ سبَبِ الوجوبِ لا يجبُ نظيرُ ما مَرَّ في إحرامِ المُتَمَتِّعِ بالحجِّ لِيَصومَ فيه قيلَ قولُ أصلِه لم يكن لهنّ الطّلَبُ أحسَنُ إذْ لا يلزمُ من نفيِ الإثم نفيُ الطّلَبِ ألا ترى أنّ المدين قبلَ الطّلَبِ لا يأثَمُ بتركِ الدفعِ وإذا طولِبَ أثِمَ ا هـ.

ويُرَدُّ بأنّ الحقَّ أنّهما مُتَساوِيانِ إذِ الأصلُ الجاري على ألسِنةِ حَمَلةِ الشرعِ أنّ ما وجَبَ يُطالَبُ به على سبيلِ الإلزامِ به وما لا فلا فهما مُتَلازِمانِ إثباتًا ونفيًا ومسألةُ الدّين من ذلك؛ لأنّه واجبٌ يُطالَبُ به غايةُ الأمرِ أنّه واجبٌ موَسَّعٌ قبلَ الطّلَبِ ومُضَيَّقٌ بعدَه فإنْ قُلْت لَنا واجباتٌ لا يُطالَبُ بها إلا عندَ تَضْييقِ وقتها كالصّلاةِ والحجِّ قُلْت المُرادُ أنّ الواجبَ صالِحٌ لِلطَّلَبِ به وتَوَقُّفُه على شرطٍ في البعضِ لِمَدْرَكٍ يَخُصُّه لا يُؤَثِّرُ في التّلازُمِ الذي ذكرْته ويُستَحَبُّ أنْ لا يُخَلِّيَ الزوجةَ عن ليلةٍ من كلِّ أربَعٍ اعتبارًا بمَنْ له أربَعُ زوجاتٍ قال في الجواهرِ وأنْ يَناما في فِراشٍ واحدٍ حيثُ لا عُذْرَ في الانفِرادِ سيَّما إنْ حَرَصْت على ذلك .

(وتَستَحِقُّ القسمَ مَريضةٌ) ما لم يُسافِرْ بهنّ وتَتَخَلَّفُ لأجلِ المرَضِ فلا قسمَ لها وإن استَحَقَّت النّفَقة نَقَله البُلْقينيُّ عن الماوَرْديِّ وأقَرَّه واعتمده غيرُه (ورَتْقاءُ) وقَرْناءُ ومجنونةٌ لا يُخافُ منها

---

(١) [صحيح] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٢١٣٣]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ١١٤١]، والنسائي في (سننه) [رقم/ ٣٩٤٢]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ١٩٦٩]، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

قلت: حديث صحيح . ينظر: (إرواء الغليل) للألباني [٧/ ٨٠].

وحائِضٌ ونُفَساءُ، لا ناشِزةٌ. فإنْ لم يَنْفَرِدْ بمَسْكَنٍ دارَ عليهِنّ في بُيوتِهِنّ، وإن انْفَرَدَ فالأَفْضَلُ المُضيُّ إليهِنّ، وله دُعاؤُهُنّ، والأَصَحُّ تَحْريمُ ذَهابِهِ إلى بعضٍ ودُعاءِ بعضٍ، إلّا لِغَرَضٍ كَقُرْبِ مَسْكَنِ مَنْ مَضَى إليها أو خَوْفٍ عليها.

ومُراهِقة (وحائِضٌ ونُفَساءُ) ومُحْرِمةٌ ومولى أو مُظاهَرٌ منها وكلُّ ذات عُذْرٍ شرعيٍّ أو طَبْعيٍّ؛ لأنّ المقصودَ الأُنسُ لا الوطءُ وكما تَستَحِقُّ كلٌّ منهنّ النّفَقة (لا ناشِزةٌ) أي خارِجةٌ عن طاعَته بأنْ تخرُجَ بغيرِ إذْنِه أو تمنَعَه من التّمتُّعِ بها أو تُغْلِقَ البابَ في وجهِه ولو مجنونةً أو تَدَّعيَ الطّلاقَ كذِبًا ومُعتَدّةٌ عن وطءِ شُبهةٍ وصَغيرةٌ لا تُطيقُ الوطءَ ومَجوسيّةٌ ومغصوبةٌ ومحبوسةٌ وأمةٌ لم يَكْمُلْ تَسليمُها ومُسافِرةٌ بإذْنِه وحدَها لِحاجَتها كما لا نفقةَ لهنّ ولِحرمةِ الخلْوةِ بالمعتدّةِ والمجوسيّةِ كذا وقَعَ لِشارِحٍ وذِكْرُ المجوسيّةِ وهْمٌ لِحرمةِ نِكاحِها حتى على مِثلِها على ما مَرَّ قال الرّويانيُّ ولو ظهر له زِناها حَلَّ له مَنْعُ قسمِها وحُقوقِها لِتفتَديَ منه نصَّ عليه في الأُمِّ وهو أصحُّ القولينِ اهـ.

وهو بَعيدٌ ولَعَلَّ الأصحَّ القولُ الثاني ويأتي أوّلَ الخُلْعِ ما يُصَرِّحُ به وينبغي أنْ يكون مَحلُّ الخلافِ إذا ظهر زِناها في عِصْمَته لا قبلها والمُستَحِقُّ عليه القَسمُ زوجٌ سكرانُ أو عاقِلٌ ولو مُراهِقًا نعم، أثِمَ جوْرُه على وليِّه إنْ علم به أو قصَّرَ كما هو ظاهرٌ كذا عَبَّرَ به كثيرٌ وليس بقَيْدٍ بل المُمَيِّزُ الممكنُ وطْؤُه كذلك بل بحث أنّ غيرَه لو نام عندَ بعضِهِنّ وطلب الباقياتُ بَياتَه عندَهُنّ لَزِمَ وليَّه إجابَتُهُنّ لِذلك وسَفيهًا وإثمُه عليه؛ لأنّه مُكلَّفٌ أمّا المجنونُ فإنْ لم يُؤْمَنْ ضَرَرُه أو أذاه الوطءُ فلا قسمَ وإنْ أمِنَ وعليه بَقيّةُ دَوْرٍ وطلبتْه لَزِمَ الوليَّ الطّوافُ به عليهِنّ كما لو نَفعه الوطءُ أو مالَ إليه هذا كلُّه إنْ أطبَقَ جُنونُه أو لم ينضَبِطْ وقتَ إفاقَته وإلا راعَى هو أوقات الإفاقة ووَليُّه أوقات الجُنونِ بشرطِه ليكون لِكلٍّ واحدةٍ نَوْبةٌ من هذه ونَوْبةٌ من هذه وفيما لم ينضَبِطْ لو قسَمَ لِواحدةٍ زَمَنَ الجُنونِ وأفاقَ في نَوْبةِ أخرى قضى للأولى ما جَرى في زَمَنِ الجُنونِ لِنَقْصِه وعلى محبوسٍ وحدَه وقد مُكِّنَ من النّساءِ القسمُ ومَنِ امتنعتْ منهنّ سقَطَ حقُّها إنْ صَلَحَ مَحلُّه لِسُكْنَى مثلِها ومنه أنْ لا يُشارِكَ غيرَه في مَرْفِقٍ من المرافِقِ الآتيةِ هذا هو الذي يُتَّجَه من خلافٍ في ذلك.

(فإنْ لم ينفَرِدْ بمسكنٍ) وأرادَ القسمَ (دارَ عليهِنّ) في بُيوتِهِنّ توفيةً لِحقِّهِنّ. (وإن انفَرَدَ) بمسكنٍ (فالأفضَلُ المُضيُّ إليهِنّ) صونًا لهنّ، (وله دُعاؤُهُنّ) لِمسكنِه وعليهِنّ الإجابةُ؛ لأنّ ذلك حقُّه فمَنِ امتنعتْ أي وقد لاقَ مسكنَه بها فيما يظهرُ فهي ناشِزةٌ إلا ذاتَ خَفَرٍ لم تعتَدِ البُروزَ فيَذْهَبُ لها على ما قاله الماوَرْديُّ واستَحْسَنَه الأذرَعيُّ وغيرُه لكن استَغْرَبَه الرّويانيُّ وإلا نحوَ معذورةٍ بنحوِ مَرَضٍ فيَذْهَبُ أو يُرْسِلُ لها مَرْكبًا إنْ أطاقت مع ما يقيها من نحوِ مَطَرٍ، (والأصحُّ تَحريمُ ذَهابه إلى بعضِهِنّ ودُعاءِ بعضٍ) إلى مسكنِه لِما فيه من الإيحاشِ (إلا) بالقُرعةِ أو (لِغَرَضٍ) ظاهرٍ عُرْفًا له أو لها فيما يظهرُ (كقُرْبِ مسكنِ مَنْ مَضى إليها أو خوفٍ عليها) لِنحوِ شَبابٍ سواءٌ كان الخوفُ منه أم منها فإن اختلفا رجع لِغيرِهِما فيما يظهرُ دون غيرِها فلا يحرُمُ إذْ لا إيحاشَ حينئذٍ فمَنِ امتنعتْ بلا عُذْرٍ لِكونِها

وَيَحْرُمُ أنْ يُقيمَ بمَسْكَنٍ واحِدةٍ ويَدْعوهُنّ إليهِ، وأنْ يَجْمع بين ضَرَّتَيْنِ في مَسْكَنٍ إلّا بِرِضاهما.
وله أنْ يُرَتِّبَ القسْمَ على لَيْلةٍ ويَوْمٍ قبلَها أو بعدها. والأَصْلُ اللّيْلُ، والنّهارُ تَبَعٌ، فإنْ عَمِلَ لَيْلاً وسَكَنَ نَهارًا كَحارِسٍ فَعَكْسُهُ، ....

ذاتَ خَفَرٍ على ما مَرَّ أو مَرَضٍ وشَقَّ عليها الرُّكوبُ مَشقة لا تُحتَمَلُ عادةً فيما يظهرُ فناشِزٌ قال الأذرعيُّ لو كان الغرَضُ ذَهابَه للبَعيدةِ للخوفِ عليها ودُعاءَ القريبةِ للأمنِ عليها اعْتُبِرَ عكسُ ما في المتنِ والضّابِطُ أنْ لا يظهرَ منه مَيْلٌ بالتّفصيلِ والتّخصيصِ ا هـ. وقولُ المتنِ أو خوفٍ عليها عَطْفًا على قُربِ صريحٌ فيما ذكرَه فهو ما في المتنِ لا عكسُه .

(ويحرُمُ أنْ يُقيمَ بمسكنٍ واحدةٍ) سواءٌ ملكُها وملكُه وغيرُهما وإنْ لم تكن هي فيه حالَ دُعائِهِنّ فيما يظهرُ (ويدعوهُنّ) أي الباقيات (إليه) بغيرِ رِضاهُنّ لِما مَرَّ فإنْ أجَبنَ فلها المنْعُ وحينئذٍ يصحُّ عَوْدةُ قولِه إلا بِرضاهما لهذه أيضًا بأنْ يُجعَلْنَ قسمًا وهي قسمًا آخرَ، (وأنْ يَجمع ضَرَّتَين) أو حُرّةً وسُرّيّةً (في مسكنٍ) مُتَّحِدِ المرافقِ أو بعضِها كخيمةٍ في حَضَرٍ ولو ليلةً أو دونَها لِما بينهما من التّباغُضِ (إلا برضاهما)؛ لأنّ الحقَّ لهما ولَهما الرُّجوعُ وإلا بِرِضا الحُرّةِ خلافًا فالشّارِحُ اعتَبَرَ رِضا السُّرّيّةِ أيضًا وللحُرّةِ الرُّجوعُ .

هنا أيضًا أمّا خيمةُ السّفَرِ فله جمعُهما فيها لِعُسرِ إفرادِ كلٍّ بخيمةٍ مع عدم دَوامِ الإقامةِ ومنه يُؤخَذُ أنّه لا يَجْمَعُهما بمَحَلٍّ واحدٍ من سفينةٍ إلا إنْ تعذَّرَ إفرادُ كلٍّ بمَحَلٍّ لِصِغَرِها مثلاً وأمّا إذا تعدَّدَ المسكنُ وانفرَدَ كلٌّ بجميعِ مَرافِقِه نحوُ مَطْبَخٍ وحُشٍّ وسَطْحٍ ودَرَجَته وبِئرِ ماءٍ ولاقٍ فلا امتناعَ لهما حينئذٍ وإنْ كانا من دارٍ واحدةٍ كعُلوٍّ وسُفْلٍ وإن اتّحَدَ أُغْلِقًا ودِهْليزٍ فيما يظهرُ؛ لأنّ المُرادَ أنْ لا يشتَرِكا فيما قد يُؤدّي لِلتَّخاصُمِ ونحوُ الدِّهْليزِ الخارجُ عن المسكنَين لا يُؤدّي اتّحادُه إليه كاتّحادِ الممَرِّ من أوّلِ بابٍ إلى بابِ كلٍّ منهما ويظهرُ أنّ اتّحادَ الرّحا في بَلَدٍ اعْتيدَ فيه إفرادُ كلِّ مسكنٍ بَرحا كاتّحادِ بعضِ المرافِقِ؛ لأنّ الاشتراكَ فيها يُؤدّي لِلتَّخاصُمِ كما هو ظاهرٌ ويُكرَه وطْءُ واحدةٍ مع علمِ الأخرى به ولا تَلْزَمُها الإجابةُ؛ لأنّ الحياءَ والمُروءةَ يأبيانِ ذلك ومن ثَمّ صَوَّبَ الأذرعيُّ التحريمَ ، (وله أنْ يُرَتِّبَ القسمَ على ليلةٍ) ليلةٍ وأوّلُها هنا يختلفُ باختلافِ ذَوي الحِرَفِ فيُعتَبَرُ في حَقِّ أهلِ كلِّ حِرْفة عادَتُهم الغالِبةُ وآخِرُها الفجْرُ خلافًا للماسَرْجِسيِّ حيثُ حَدَّها بغُروبِ الشّمْسِ وطُلوعِها (ويوم قبلها أو بعدَها) لِحُصولِ المقصودِ بكلٍّ لَكِنّ الأولى تقديمُ اللّيْلِ خُروجًا من خلافِ مَنْ عَيَّنَه؛ لأنّه الذي عليه التّواريخُ الشرعيّةُ (والأصلُ) لِمَنْ عَمَلُه بالنّهارِ (اللّيلُ)؛ لأنّ اللّهَ جعله سكنًا (والنهارُ تبَعٌ) لأنّه وقتُ التّرَدُّدِ (فإنْ عَمِلَ ليلاً وسَكَنَ نَهارًا كحارِسٍ) وأتونيٌّ بفتحِ أوّلِه وضَمِّ الفوقيّةِ مع تَشْديدِها وقد تُخَفَّفُ وهو وقّادُ الحمّامِ أو غيرُه نِسبةٌ للأتونِ وهو أخدودُ الخبّازِ والجصّاصِ ذكرَه في القاموسِ (فعكْسُه) بعكسِ ما ذُكِرَ فإنْ كان يعمَلُ تارةً ليلاً وتارةً نَهارًا لم يَجزِ نَهارُه عن ليلِه ولا عكسُه أي

وَليس للأوَّلِ دُخولٌ في نَوْبةٍ على أُخْرَى لَيْلاً إلّا لِضرورةٍ كَمَرَضِها المخوفِ، وحينَئِذٍ إنْ طالَ مُكْثُه قَضَى وإلّا فلا، ....

والأصلُ في حَقِّه وقتُ السُّكونِ لِتَفاوُت الغرَضِ ولو كان يعمَلُ بعضَ اللّيْلِ وبعضَ النّهارِ فالظّاهِرُ أنّ مَحَلَّ السُّكونِ هو الأصلُ والعمَلُ هو التّبَعُ وأنّه لا يُجْزِئُ أحدُهما عن الآخرِ ويترَدَّدُ النّظَرُ فيمَنْ عَمَلُه في بيته كالكِتابةِ والخياطةِ وظاهِرُ تمثيلِهم بالحارِسِ والأتونيّ أنّه لا عبرةَ بهذا العمَلِ فيكونُ اللّيْلُ في حَقِّه هو الأصلُ؛ لأنّ القصْدَ الأُنْسُ وهو حاصِلٌ هذا كلُّه في الحاضِرِ أمّا المُسافِرُ فعِمادُه وقتُ نُزولِه ما لم تكن خَلوتُه في سيْرِه فهو العِمادُ كما بحثه الأذرَعيُّ وعِمادُه في المجنونِ وقتُ إفاقَته أي وقتُ كان وأيّامُ الجُنونِ كالغيبةِ كذا جَزَمَ به شارِحٌ وهو إنّما يتأتّى على كلامِ البغَويّ الذي ضَعَّفاه فعلى ما مَرَّ من النّظَرِ لأيّامِ الإفاقة وحدَها والجُنونِ وحدَها الأصلُ في حَقِّه كغيرِه نعم، مَرَّ في غيرِ المُنْضَبِطِ أنّ الإفاقة لو حَصَلَتْ في نَوْبةٍ واحدةٍ قضى للأخرى قدرَها فعليه قد يُقالُ إنّ العِمادَ هنا وقتُ الإفاقة وقضيّةُ ما في الشّامِلِ عن الأصحابِ أنّ مَنْ عِمادُه اللّيْلُ لا يَجوزُ له الخُروجُ فيه بغيرِ رِضاها لِجَماعةٍ وجنازةٍ وإجابةِ دعوةٍ وهو ضعيفٌ وإنّما ذلك لَيالي الزِّفافِ فقط؛ لأنّه يحرُمُ عليه الخُروجُ فيها لِمَنْدوبٍ تقديمًا لِواجبِ حَقِّها كذا قالاه لكن أطالَ الأذرَعيُّ وغيرُه في رَدِّه وأنّ المعتمدَ أنّه لا حرمةَ أي وعليه فهي عُذْرٌ في تركِ الجماعةِ كما مَرَّ وتجبُ التّسويةُ بينهُنّ في الخُروجِ لِنحوِ جَماعةٍ فإنْ خَصَّ به ليلةً واحدةً منهنّ حَرُمَ.

(وليس للأوّلِ) وهو مَنْ عِمادُه اللّيْلُ ويُقاسُ به في جميع ما يأتي ومنه أنّ الدُّخولَ في العِمادِ شرطُه الضّرورةُ وفي غيرِه تَكْفي الحاجةُ مَنْ عِمادُه النّهارُ أو وقتُ النُّزولِ أو السُّكونِ أو الإفاقة (دخولٌ في نَوْبةٍ على أخرى ليلاً) ولو لِحاجةٍ (إلا لِضَرورةٍ كمَرَضِها المخوفِ) ولو ظَنًّا وإنْ طالَتْ مُدَّتُه وإنْ نَظَرَ فيه الأذرَعيُّ أواحتمالاً ليعرِفَ الحالَ ومِمّا يدفَعُ تنظيرَه قولُ التّهْذيبِ وغيرِه لو مَرِضَتْ أو ولَدَتْ ولا مُتعهِّدَ لها قال الرّافِعيُّ أو لها مُتعهِّدٌ كمحرَمٍ أي مُتَبَرِّعٍ إذْ لا يلزمُه إسكانُه فله أنْ يُديمَ البيتوتةَ عندَها ويقضيَ. وقياسُه أنّ مسكنَ أحدِ أمنٌ لو اختَصَّ بخوفٍ ولم تأمَنْ على نفسِها إلا به جازَ له البيتوتةُ عندَها ما دامَ الخوفُ موجودًا ويقضي نعم، إنْ سهُلَ نَقْلُها لِمنزلٍ لا خوفَ فيه لم يَبْعُدْ تعيُّنُه عليه ثمّ رأيت الزّركشيَّ نَقَلَ عن الشّافعي واستَظْهَرَه أنّ الخوفَ عليها من حَريقٍ أو نَهْبٍ أو نحوِه أي كفاجِرٍ كالمرَضِ (وحينئذٍ) أي حين إذْ دخل لِضَرورةٍ كما هو صريحُ السّياقِ فقولُ شارحٍ يحتَمِلُ إرادةَ هذا وضِدِّه والأمرين بَعيدٌ بل سهْوٌ (إنْ طالَ مُكْثُه) عُرْفًا وتقديرُ القاضي لِطولِه بثُلُثِ اللّيْلِ وغيرِه بساعةٍ طَويلةٍ عُرْفًا ضعيفٌ لَكِنّه يَدُلُّ على تنفيسٍ في زَمَنِ الطّولِ. ويظهرُ ضَبْطُ العُرْفِ في ذلك بفوقِ ما مَنْ شَأْنه أنْ يحتاجَ إليه عندَ الدُّخولِ لِتَفَقُّدِ الأحوالِ عادةً فهذا القدرُ لا يقضيه مُطْلَقًا وما زاد عليه يقضيه مُطْلَقًا وإنْ فُرِضَ أنّ الضّرورةَ امتَدَّتْ فوقَ ذلك وتعليلُهم بالمُسامَحةِ وعدمِها ظاهرٌ في ذلك (قضى) من نَوْبَتها مثله؛ لأنّه مع الطّولِ لا يُسمَحُ به وحَقُّ الآدَميِّ لا يسقُطُ بالعُذْرِ (وإلا) يَطُلْ مُكْثُه عُرْفًا (فلا)

وله الدُّخولُ نَهارًا لِوَضْعِ مَتاعٍ ونَحْوِه ويَنْبَغي أنْ لا يَطولَ مُكْثُه والصّحيحُ أنّه لا يَقْضي إذا دَخَلَ لِحاجةٍ وأنّ له ما سِوَى وطْءٍ مِن استِمتاعٍ، وأنّه يَقْضي إنْ دَخَلَ بلا سَبَبٍ، وَلا تَجِبُ تَسْويةٌ في الإقامةِ نَهارًا.

يقضي؛ لأنّه يُتَسامَحُ بِهِ وقولُ الزّركشيّ ويأثَمُ سبقُ قلَمٍ إذِ الفرضُ أنّه دخل لِضَرورةٍ وإنّما الإثمُ إنْ تعدَّى بالدُّخولِ وإنْ قلَّ مُكْثُه ومع ذلك لا يقضي إلا إنْ طالَ مُكْثُه خلافًا لِما يوهِمُه قولُه وحينئذٍ إذْ قضيّتُه أنّ شرطَ القضاءِ عندَ الطّولِ كونُ الدُّخولِ لِضَرورةٍ وأنّه لِغيرِها يقضي مُطْلَقًا لِتعدّيه وكذا يجبُ القضاءُ عندَ طولِ زَمَنِ الخُروجِ ليلاً ولو لِغيرِ بيت الضّرّةِ وإنْ أُكْرِهَ لَكِنّه هنا يقضيه عندَ فراغِ النّوْبةِ لا من نَوْبةِ إحداهُنّ وعندَ فراغِ زَمَنِ القضاءِ يلزمُه الخُروجُ إنْ أمِنَ لِنحوِ مسجِدٍ وقد يجبُ القضاءُ عندَ القصْرِ بأنْ بَعُدَ منزلُها بحيثُ طالَ الزّمَنُ من الذّهابِ والعودِ فيجبُ القضاءُ من نَوْبَتِها وإنْ قصُرَ المُكْثُ عندَها كذا جَزَمَ به شارِحٌ وهو مُحْتَمَلٌ لَكِنّ ظاهرَ تخصيصِهم القضاءَ بزَمَنِ المُكْثِ خلافُه ويوَجَّه بأنّ زَمَنَ العودِ والذّهابِ لا يظهرُ فيه قصْدُ تخصيصٍ مُؤَثِّرٌ عُرْفًا نعم، قياسُ ما مَرَّ في صورةِ القضاءِ بعدَ فراغِ النّوَبِ أنّ زَمَنَهما لو طالَ قضاه بعدَ فراغِ النّوَبِ وله قضاءُ الفائِت في أيِّ جَزْءٍ من اللّيْل ومثله أولى وقيلَ واجب .

(وله الدُّخولُ نَهارًا) لِحاجةٍ؛ لأنّه يُتَسامَحُ فيه ما لا يُتَسامَحُ في اللّيْلِ فيدخلُ (لِوَضْعِ) أو أخذِ (مَتاعٍ ونحوِه) كتَسليمِ نفقةٍ وتعرُّفِ خبرٍ للخبرِ الصّحيحِ عن (عائِشةَ كان ﷺ يَطوفُ علينا جميعًا فيدنو من كلِّ امرَأةٍ من غيرِ مَسيسٍ حتى يَبْلُغَ إلى التي هي نَوْبَتُها فيَبيتَ عندَها)، (وينبغي) أي يجبُ كما عليه جُمْهورُ العِراقيّين (أنْ لا يَطولَ مُكْثُه) على قدرِ الحاجةِ وما اقتضاه كلامُهما أنّ ذلك أولى لا واجبٌ بَعيدٌ؛ لأنّ الزّائِدَ على الحاجةِ كابتداءِ دخولٍ لِغيرِها وهو حرامٌ كما صَرَّحا به إلا أنْ يُجابَ بأنّه وقَعَ هنا تابِعًا ويُغْتَفَرُ فيه ما لا يُغْتَفَرُ في غيرِه، (والصّحيحُ أنّه لا يقضي إذا دخل لِحاجةٍ) وإنْ طالَ على ما اقتضاه إطلاقُهما وصرّح به الماوَرْديُّ لكن صرّح آخرون بالقضاءِ عندَ الطّولِ ونَقَله ابنُ الرِّفعةِ عن نصِّ الأُمِّ وجمعٌ. بحملِ الأوّلِ على ما إذا طالَ بقدرِ الحاجةِ والثاني على ما إذا طالَ فوقَها .

(و) الصّحيحُ (أنّ له ما سِوَى من وطْءِ استمتاع) للخبرِ إذِ المسيسُ فيه الجِماعُ ويَحْثُ حرمَته إنْ أفضى إليه إفضاءً قويًّا كما في قُبْلةِ الصائِمِ ويُفَرِّقُ بأنّ ذاتَ الجِماعِ مُحَرَّمةٌ إجماعًا ثَمَّ لا هنا؛ لأنّه إذا وقَعَ وقَعَ جائِزًا وإنّما الحرمةُ لِمعنًى خارِجٍ وهو حَقُّ الغيرِ كما صرّح به الإمامُ على أنّ في حِلِّه من أصلِه خلافًا فاحتيطَ ثَمَّ لِذلك ولِكونِه مُفْسِدًا للعبادةِ ما لم يحتطْ هنا (و) الصّحيحُ (أنّه يقضي) زَمَنَ إقامَته إنْ طالَ (إنْ دخل بلا سبَبٍ) لِتعدّيه، (ولا يجبُ تَسويةٌ في الإقامةِ) في غيرِ الأصلِ كأنْ كان (نهارًا) أي في قدرِها؛ لأنّه وقتُ التّرَدُّدِ وهو يَقِلُّ ويَكْثُرُ وكذا في أصلِها على ما اقتضاه الإطلاقُ لَكِنّ الذي بحثه الإمامُ أخذًا من كلامِهم امتناعُه إنْ كان قصْدًا وجَرى عليه الأذْرَعيُّ فقال لا أشُكُّ أنّ تخصيصَ إحداهُنّ بالإقامةِ عندَها نَهارًا على الدّوامِ والانتشارِ في نَوْبةِ غيرِها يورِّثُ حِقْدًا وعداوةً

وأقلُّ نوَبِ القسْمِ لَيلةٌ وهو أفْضَلُ، ويَجوزُ ثَلاثًا، لا زيادةَ على المذْهَبِ. والصّحيحُ وُجوبُ قُرْعةٍ لِلابْتِداءِ، وقيلَ يَتَخَيَّرُ. وَلا يُفضِّلُ في قدرِ نَوْبةٍ لكِنْ لِحُرّةٍ مِثْلا أمةٍ، وتَخْتَصُّ بكْرٌ جَديدةٌ عندَ زِفافٍ بسَبْعٍ بلا قَضاءٍ، ....

وإظهارَ تخصيصٍ ومَيْلٍ أمّا الأصلُ فتجبُ التّسويةُ في قدرِ الإقامةِ فيه حتى لو خرج في ليلةِ إحداهُنّ فقط ولو للجَماعةِ حَرُمَ كما مَرَّ، (وأقلُّ نوَبِ القسمِ ليلةٌ) ليلةٌ ونَهارٌ نَهارٌ في نحوِ الحارِسِ كما هو ظاهرٌ فلا يَجوزُ تبعيضُهما على الأوجه في النّهارِ؛ لأنّه يُنَغِّصُ العيْشَ ومن ثَمَّ جازَ برِضاهُنّ وعليه حَمَلوا طَوافَه ﷺ على نِسائِه في ليلةٍ واحدةٍ (وهو أفضلُ) من الزّيادةِ عليها لِلاتّباعِ ولِقُربِ عَهْدِه بهنّ (وتَجوزُ ثلاثًا) ثلاثًا وليلَتَين وإنْ كرِهْنَ ذلك لِقُربِها (ولا زيادةَ) على الثلاثِ فتَحْرُمُ بغيرِ رِضاهُنّ (على المذهبِ) وإنْ تَفَرَّقْنَ في البِلادِ لِما فيها من الإيحاشِ والإضرارِ وقيلَ تُكْرَه ونصَّ عليه في الأُمِّ وجَرى عليه الدّارِميُّ والرّويانيُّ وبه يُقَرَّبُ الوجه الشّاذُّ القائِلُ لا تقديرَ بزَمَنٍ أصلًا وإنّما هو إلى الزوجِ.

(والصّحيحُ) فيما إذا لم يرضَيْنَ في الابتداءِ بواحدةٍ بلا قُرعةٍ (وجوبُ قُرعةٍ) بينهُنّ (لِلابتداءِ) في القسم بواحدةٍ منهنّ تَحَرُّزًا عن التّرجيحِ من غيرِ مُرَجِّحٍ فيَبْدَأُ بمَنْ خرجتْ قُرعَتُها ثمّ يقرَعُ للباقيات وهَكذا فإذا تَمّت النّوْبةُ راعَى التّرتيبَ من غيرِ قُرعةٍ نعم، لو بَدَأ بواحدةٍ ظُلْمًا أقرَعَ للباقيات؛ لأنّ الأوّلَ لَغْوٌ فإذا تَمَّ العددُ أقرَعَ لِلابتداءِ كما شَمِله المتنُ لِما مَرَّ أنّ الأوّلَ لَغْوٌ.

(وقيلَ يتخيَّرُ) فيَبْدَأُ بمَنْ شاءَ بلا قُرعةٍ؛ لأنّه الآنَ لا يلزمُه قسمٌ ولو أرادَ الابتداءَ بما ليس قسمًا كدونِ ليلةٍ فهل تجبُ قُرعةٌ فيه تَرَدُّدٌ والذي يُتَّجه وجوبُها ومَرَّ أنّ طَوافَه ﷺ في ليلةٍ محمولٌ على أنّه برِضاهُنّ، (ولا يُفضِّلُ في قدرِ نَوْبةٍ) ولو مسلمةً على كِتابيّةٍ فيحرُمُ عليه ذلك؛ لأنّه خلافُ العدْلِ المشْروعِ له القسمُ (لكن لِحُرّةٍ مثلا أمةٍ) تجبُ نفقتُها أي مَنْ فيها رِقٌّ بسائرِ أنواعِها ولو مُبَعَّضةً أي لها ليلَتانِ ولِلأمةِ ليلةٌ لا غيرُ لِما قدَّمَه من امتناعِ الزّيادةِ على ثلاثٍ والنّقصُ عن ليلةٍ بل لو جعلَ للحُرّةِ ثلاثًا وللأمةِ ليلةً ونصفًا لم يَجُزْ فعُلِمَ سهْوُ مَنْ أورَدَ عليه أنّ كلامَه يوهِمُ جوازَ ليلَتَين للأمةِ وأربَعٍ للحُرّةِ وذلك لِخبرٍ فيه مُرْسَلٍ اعتَضَدَ بقولِ عَليٍّ كرَّمَ اللّه وجهَه بل لا يُعْرَفُ له مُخالِفٌ وإنّما سوّى بينهما في حَقِّ الزِّفافِ؛ لأنّه لِزَوالِ الحياءِ وهما فيه سواءٌ ويُتَصَوَّرُ كونُها جَديدةً في الحُرِّ بأنْ تكون تحتَه حُرّةٌ لا تصلُحُ لِلاستمتاعِ فنكَحَ أمةً ومَنْ عَتَقت قبلَ تمامِ نَوْبَتِها التحقت بالحرائِرِ فلو لم تعلم هي بالعتقِ إلا بعدَ أدْوارٍ لم تَستَحِقَّ إلا من حينِ العلمِ قاله الماوَرْديُّ واعتَرَضَه ابنُ الرِّفعةِ بأنّ القياسَ خلافُه ورُدَّ بأنّ الأوّلَ هو القياسُ الأصحُّ فيما لو رجعت الواهِبةُ في نَوْبَتِها ولم يعلم الزوجُ أنّه لا قضاءَ ويُؤْخَذُ منه أنّ الكلامَ عندَ جَهْلِ الزوجِ هنا أيضًا وإلا فالوجه وجوبُه لِتعدّيه حينئذٍ ولو باتَ عندَ الحُرّةِ ليلَتَين استَقَرَّ للأمةِ ليلةٌ في مُقابَلَتِهما وإنْ سافَرَ بها سيِّدُها فيقضيها إيّاها إذا عادَتْ كما يأتي،

(وتختصُّ بكْرٌ) وجوبًا بالمعنى السّابِقِ في إذْنِها في النّكاحِ (جَديدةٌ عندَ زِفافٍ) وفي عِصْمَته غيرُها يُريدُ المبيتَ عندَها كما أفْهَمَه قولُه جَديدةٌ (بسَبْعٍ) ولاءً (بلا قضاءٍ) وقولُه عندَ ظَرْفٌ لِبِكْرٍ وجَديدةٍ فيما

وثَيِّبٌ بثَلاثٍ، ويُسَنُّ تَخْييرُها بين ثَلاثٍ بلا قَضاءٍ، وسَبْعٍ بقَضاءٍ. وَمَنْ سافَرَتْ وحْدَها بغيرِ إذْنِه فَناشِزةٌ، وبإذْنِه لِغَرَضِه يَقْضي لَها، ولِغَرَضِها لا في الجديدِ. وَمَنْ سافَرَ لِنُقْلَةٍ حَرُمَ أنْ يَسْتَصْحِبَ بعضَهُنّ، ....

يظهرُ فخرج بكْرٌ عندَ العقدِ ثَيِّبٌ عندَ الدُّخولِ فلها ثلاثٌ فقط وبِكْرٌ جَديدةٌ عندَ العقدِ غيرَ جَديدةٍ عندَ الدُّخولِ بأن استَدْخَلَتْ ماءَ فطَلَّقَها رجعيًا ثمّ دخل فلا حَقَّ لها فيما يظهرُ أخذًا من إطلاقِهم الآتي أنّه لا حَقَّ لِلرَّجْعيّةِ ثمّ رأيت الزّركشيَّ قال المُرادُ بالجديدةِ مَنْ أنشأ عليها عقدًا حتى لو وفَّى للجَديدةِ ثمّ طَلَّقَها ثمّ راجَعَها لم يَعُدْ حَقُّ الزِّفافِ؛ لأنّها باقيةٌ على النّكاحِ كذا جَزَمًا به وقال في التّتمّةِ لا خلافَ فيه ا هـ وهو صريحٌ فيما ذكرْته آخِرًا إلا أنّه مُبيِّنٌ أنّ المُرادَ بلا حَقٍّ لها أي يترَتَّبُ على الرّجعةِ وأنّها استَحَقَّت السّبْعَ قبلَ طلاقِها فإذا لم يوفِّها قضاها لها (وثَيِّبٌ) بذلك المعنى أيضًا عندَ زِفافٍ كذلك (بثلاثٍ) ولاءً بلا قضاءٍ ولو أمةً فيهما للخبرِ الصّحيحِ «سبعٌ لِبِكْرٍ وثلاثٌ لِلثّيِّبِ» وفي رِوايةٍ للبُخاريِّ تقييدُ ذلك بما إذا كان في نِكاحِه غيرُها وحِكْمةُ ذلك ارتفاعُ الحِشْمةِ بما ذُكِرَ وزيدَ للبِكْرِ؛ لأنّ حياءَها أكثرُ والثلاثُ أقَلُّ الجمعِ والسّبْعُ أيّامُ الدُّنيا ولو نَكحَ جَديدَتَين وأرادَ المبيتَ عندَهما وجَبَ لهما حَقُّ الزِّفافِ فإنْ زُفَّتا مُرَتَّبًا بَدَأ بالأولى وإلا وهو مَكْروهٌ أقرَعَ ولا حَقَّ لِلرَّجْعيّةِ كما تقرّر بخلافِ بائِنٍ أعادَها ومُستفرَشةٍ أعتقَها ثمّ تَزَوَّجَها أمّا لو لم يوالِ فلا تُحْسَبُ بل يجبُ لها سبعٌ أو ثلاثٌ مُتَواليةٌ ثمّ يقضي ما للباقيات من نَوْبَتِها ما باتَه عندَها مُفرَّقًا، (ويُسَنُّ تخييرُها) أي الثّيِّبِ (بين ثلاثٍ بلا قضاءٍ) للأخرَيات (وسَبْعٍ بقَضاءٍ) أي قضاءِ السّبْعِ لهنّ «تأسّيًا بتخييره ﷺ أُمَّ سلَمةَ كذلك فاختارَت التّثليثَ» رَواه مسلمٌ وبحث البُلْقينيُّ أنّ مَحلَّه إذا طلبت الإفاقة عندَها كما طلبتْه أُمُّ سلَمةَ وإلا كان الخيارُ له وفيه نَظَرٌ نعم، إنْ خَيَّرَها فسَكتَتْ أو فوَّضَت الأمرَ إليه تَخَيَّرَ كما هو ظاهرٌ فإنْ أقامَ السّبْعَ بغيرِ اختيارِها أو اختارَتْ دون السّبْعِ لم يقضِ إلا الزّائِدَ على الثلاثِ؛ لأنّها لم تَطْمع في حَقِّ غيرِها وهي البِكْرُ ولو زاد البِكْرَ على السّبْعِ قضى الزّائِدَ فقط مُطْلَقًا ويوَجَّه بأنّها لم تَطْمع بوجهٍ جائزٍ فكان محضَ تعدٍّ .

(ومَنْ سافَرَتْ وحدَها بغيرِ إذْنِه) ولو لِحاجَته (ناشِزةٌ) فلا قسمَ لها نعم، لو سافَرَ بها السّيِّدُ وقد باتَ عندَ الحُرّةِ ليلَتَين قضاها لها إذا رجعتْ على ما نَقَلاه وأقَرّه لكن بالَغَ ابنُ الرِّفعةِ في رَدِّه وكذا لو ارتَحلَتْ لِخَرابِ البلَدِ وارتحالِ أهلِها واقتصَرَتْ على قدرِ الضّرورةِ كما لو خرجتْ من البيت لإشرافِه على الانهدامِ (وبإذْنِه لِغَرَضِه يقضي لها)؛ لأنّه المانِعُ لِنفسِه منها (ولِغَرَضِها) كحَجٍّ وكذا لِغَرَضِهما على الأوجَه تَغْليبًا للمانِعِ (لا) يقضي لها (في الجديدِ)؛ لأنّها المُفَوِّتةُ لِحقِّه وإذْنُه إنّما يرفَعُ الإثمَ فقط وخرج بوحدِها ما لو سافَرَتْ معه بإذْنِه أو بلا إذْنٍ ولا نَهْيٍ ولو لِغَرَضِها فإنّها تَستَحِقُّه، (ومَنْ سافَرَ لِنُقْلةٍ حَرُمَ) عليه (أنْ يستصحِبَ بعضَهُنّ) فقط ولو بقُرعةٍ كما لا يَجوزُ للمُقيمِ أنْ يُخَصِّصَ بعضَهُنّ بقُرعةٍ فيقضي للمُتَخَلِّفات ولِمَنْ أرسَلَهُنّ مع وكيلِه نعم، لا يَجوزُ له استِصْحابُ بعضِهِنّ

وفي سائِرِ الأسْفارِ الطّويلةِ وكذا القصيرةُ في الأصَحِّ يَسْتَصْحِبُ بعضَهُنّ بقُرْعَةٍ، ولا يَقْضي مُدّةَ سَفَرِهِ. فإنْ وصَلَ المقْصِدَ وصارَ مُقيمًا قَضَى مُدّةَ الإقامةِ، لا الرُّجوعِ في الأَصَحِّ. وَمَنْ وهَبَتْ حَقَّها لم يَلْزَم الزّوْجَ الرِّضا، ....

وإرسالُ بعضِهِنّ مع وكيلِه إلا بقُرعةٍ ويحرُمُ عليه أيضًا تركُ الكلِّ كما في البسيطِ على الأصحابِ لانقطاعِ أطماعِهِنّ من الوِقاعِ كالإيلاءِ وظاهرٌ أنّ مَحلَّه حيثُ لم يرضَيْنَ (وفي سائِرِ الأسفارِ) لا لِنَقْلةٍ. (الطّويلةِ وكذا القصيرةُ في الأصحِّ يستصحِبُ) غيرُ المُغَرِّبِ لِلزِّنا كما سيأتي (بعضَهُنّ) واحدةً أو أكثرَ (بقُرعةٍ) وإنْ كانت غيرَ صاحِبةِ النّوْبةِ لِلاتّباعِ مُتّفَقٌ عليه فإن استصحَبَ واحدةً بلا قُرعةٍ أثِمَ وقَضى للباقيات من نَوْبَتها إذا عادَتْ وإنْ لم يَبِتْ عندَها إلا إنْ رَضين فلا إثمَ ولا قضاءَ ولَهُنّ الرُّجوعُ قبلَ سفَرِها وقال الماوَرْديُّ بل قبلَ بُلوغِ مَسافة القصْرِ وهو بَعيدٌ جِدًّا ثمّ رأيت الزّرْكشيَّ لَمّا نَقَلَ عن الماوَرْديِّ والرّويانيِّ وغيرِهما أنّ الرِّضا يكفي عن القُرعةِ قال قال الماوَرْديُّ فلو رَجَعْنَ كان لهنّ إذا لم يشرَعْ في الخُروجِ فإنْ شَرَعَ وسارَ حتى جازَ له القصْرُ لم يكن لهنّ ذلك واستَقَرَّ حكمُ التّراضي بسَفَرِها وهو صريحٌ في رَدِّ ما ذُكِرَ عنه أو لا وفي موافَقة ما ذكرْته قال البُلْقينيُّ ولو خرجت القُرعةُ لِصاحِبةِ النّوْبةِ لم تَدْخُلْ نَوْبَتَها بل إذا رجع وفّاها إيّاها ويُشْتَرَطُ في السّفَرِ هنا كونُه مُرَخِّصًا لِنصِّ الشافعيِّ أنّ هذا من رُخَصِه ففي نحوِ سفَرِ معصيةٍ متى سافَرَ ببعضِهِنّ أثِمَ مُطْلَقًا وقَضى للباقيات ويلزمُ مَنْ عيَّنَتْها القُرعةُ له الإجابةُ ولو محجورةً وفي بَحْرٍ غلبتْ فيه السّلامةُ على ما يأتي أثناءَ النّفَقات وإنْ كان فاسِقًا قليلَ الغيرةِ على ما اقتضاه إطلاقُهم لكن فيه ما فيه.

(تنبيهٌ) لا يقرَعُ هنا إلا بين الصّالِحات لِلسَّفَرِ بخلافِ مُستَحِقّي القوَدِ يدخلُ فيها العاجِزُ على ما يأتي؛ لأنّه يُمْكِنُه الاستنابةُ.

(ولا يقضي) للمُقيمات (مُدّةَ) ذَهابِ (سفَرِه)؛ لأنّه لم ينقُلْ ولأنّ المُسافِرةَ قد لَحِقَها من المشَقة ما يَزيدُ على ترفُّهِها بصُحْبَته (فإنْ وصَلَ المقصِدَ) بكسرِ الصّادِ أو غيرَه (وصار مُقيمًا) بنيّةِ إقامةِ أربعةِ أيّامٍ صِحاحٍ (قضى مُدّةَ الإقامةِ) إنْ لم يعتزِلْها فيها لامتناعِ التّرَخُّصِ حينئذٍ فإنْ أقامَ بلا نيّةٍ قضى الزّائِدَ على مُدّةِ إقامةِ المُسافِرين كما شَمِله المتنُ أيضًا ففيما إذا كان يتوَقَّعُ الحاجةَ لا يقضي إلا ما زاد على ثمانيةَ عَشَرَ يومًا والحاصِلُ أنّ كلَّ زَمَنٍ حَلَّ له التّرَخُّصُ فيه لا يقضيه وإلا قضاه ولو كتَبَ للباقيات يستَحْضِرُهُنّ عندَ قصْدِه الإقامةَ ببَلَدٍ قضى من حينِ الكِتابةِ (لا الرُّجوعِ في الأصحِّ)؛ لأنّه من بَقيّةِ سفَرِه المأذونِ له فيه فلا نَظَرَ لِتَخَلُّلِ إقامةٍ قاطِعةٍ لِلسَّفَرِ وقضيّتُه أنّه لو أقامَ أثناءَ السّفَرِ إقامةً طَويلةً ثمّ سافَرَ للمقصِدِ لم يقضِ مُدّةَ السّفَرِ بعدَ تلك الإقامةِ لِعَينِ ما ذكروه في الرُّجوعِ وهو أحدُ احتمالينِ لِلشيخينِ لم أرَ مَنْ رجح منهما شيئًا ولو أقامَ بمقصِدِه مُدّةً ثمّ أنشأ سفرًا منه أمامَه فإنْ كان نَوَى ذلك أوّلاً فلا قضاءَ وإلا فإنْ كان سفَرُه بعدَ انقطاعِ تَرَخُّصِه قضى وإلا فلا كما بيَّنْته في شرحِ الإرشادِ وفيه ما يُؤَيِّدُ ما رجحْته آنِفًا، (ومَنْ وهَبَتْ حقَّها) من القسمِ لِغيرِها (لم يلزم الزوجَ الرِّضا)؛ لأنّ الاستمتاعَ

فإنْ رَضيَ ووَهَبَتْ لِمُعَيَّنةٍ باتَ عندَها لَيلَتَيْهما، وقيلَ يواليهما، أو لهنّ سَوَّى أو له فَلَه التَّخصيصُ، وقيلَ يُسَوِّي.

فَصْلٌ

ظَهَرَتْ أماراتُ نُشوزِها وعَظَها بلا هَجْرٍ ....

حَقُّه فيَبيتُ عندَها في ليلَتها (فإنْ رَضيَ) بالهِبةِ (ووَهَبَتْ لِمُعَيَّنةٍ) منهنّ (باتَ عندَها) وإنْ لم ترضَ هي بذلك (ليلَتَيهما) لِلاتِّباعِ لِما وهَبَتْ سوْدةُ نَوْبَتَها لِعائشةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا رَواه الشيخانِ ولا يواليهما إنْ كانتا مُتَفرِّقَتَين لِما فيه من تأخيرِ حَقٍّ من بينهما ومن ثَمَّ لو تَقَدَّمت ليلةُ الواهِبةِ وأرادَ تأخيرَها جازَ له وكذا لو تأخَّرَتْ فأخَّرَ نَوْبةَ الموهوبِ لها برِضاها كما أفهَمَه التعليلُ أيضًا (وقيلَ) في المُنْفَصِلَتَين (يواليهما) إنْ شاءَ (أو) وهَبَتْ (لهنّ) أو أسقَطَتْ حَقَّها (سوَّى) بين الباقيات وجوبًا؛ لأنّها صارتْ كالمعدومةِ، (أو) وهَبَتْ (له فله التَّخصيصُ) بواحدةٍ منهنّ؛ لأنّ الحقَّ صار له فيَضَعُه حيثُ شاءَ مُراعيًا ما مَرَّ في الموالاةِ (وقيلَ يُسَوِّي) فيَجْعَلُ الواهِبةَ كالمعدومةِ هنا أيضًا؛ لأنّ التّخصيصَ يورِّثُ الإيحاشَ وعُلِمَ مِمّا تقرّر أنّ هذه الهِبةَ ليستْ على قواعِدِ الهِبات ومن ثَمَّ لم يُشْتَرَطْ رِضا الموهوبِ لها وجازَ للواهِبةِ الرُّجوعُ متى شاءَتْ فيخرُجُ لها إذا رجعتْ أثناءَ ليلَتها وإلا قضى من حينِ الرُّجوعِ ولو أخذَتْ على حَقِّها عِوَضًا لَزِمَها رَدُّه؛ لأنّه ليس عَيْنًا ولا منفعةً فلا يُقابَلُ بمالٍ لكن يقضي لها؛ لأنّها لم تُسقِطْ حَقَّها مَجّانًا ومَرَّ أنّ ما فاتَ قبلَ علمِ الزوجِ برُجوعِها لا يقضي وواضِحٌ أنّه لا تَصِحُّ هِبةُ رجعيّةٍ قبلَ رَجْعَتِها واستنبَطَ السُّبْكيُّ مِمّا هنا ومن خُلْعِ الأجنَبيِّ جوازَ النُّزولِ عن الوظائِفِ بعِوَضٍ ودونِه والذي استقَرَّ رَأيُه عليه حِلُّ بَذْلِ العِوَضِ مُطْلَقًا وأخذُه إنْ كان النّازِلُ أهلًا لها وهو حينئذٍ لإسقاطِ حَقِّ النّازِلِ فهو مُجَرَّدُ افتداءٍ وبه فارَقَ مَنْعَ بيعِ حَقِّ التّحَجُّرِ وشِبهِه كما هنا لا لِتعلُّقِ حَقِّ المنْزولِ له بها أو بشرطِ حُصولِها له بل يلزمُ ناظِرَ الوظيفة تَوليةُ مَنْ تقتَضيه المصْلَحةُ الشرعيّةُ ولو غيرَ المنْزولِ له ولا رُجوعَ على النّازِلِ حينئذٍ كما مَرَّ وفيما إذا نزل مَجّانًا ولم يقصِدْ إسقاطَ حَقِّه إلا للمَنْزولِ له فقط له الرُّجوعُ قبلَ أنْ تقرّر كهِبةٍ لم تُقْبَضْ وحينئذٍ لا يَجوزُ لِلنّاظِرِ تقريرُ غيرِ النّازِلِ حيثُ لا يَجوزُ له عَزْلُه.

فصل في بعضِ أحكامِ النُّشوزِ وسوابِقِه ولَواحِقِه

إذا (ظهر أماراتُ نُشوزِها) كخُشونةِ جوابٍ بعدَ لينٍ وتعبيسٍ بعدَ طلاقة وإعراضٍ بعدَ إقبالٍ (وعَظَها) نَدْبًا أي حَذَّرَها عِقابَ الدُّنيا بالضّرْبِ وسُقوطِ المُؤَنِ والقسمِ والآخِرةِ بالنّارِ قال تعالى ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] وينبغي أنْ يذكرَ لها خبرَ الصّحيحَين «إذا باتَت المرأةُ هاجِرةً فِراشَ زوجِها لَعَنَتْها الملائِكةُ حتى تُصْبِحَ»(١) (بلا هَجْرٍ) ولا ضَرْبٍ لاحتمالِ أنْ لا يكون نُشوزًا

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٣٠٦٥]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٣٦]، وغيرهما من حديث: أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ .

فإنْ تَحقَّقَ نُشوزٌ ولم يَتَكرَّرْ وعَظَ وهَجَرَ في المضْجَعِ، ولا يَضْرِبُ في الأظْهَرِ. قُلْت: الأظْهَرُ يَضْرِبُ، واللَّه أعْلَمُ، فإنْ تَكرَّرَ ضَرَبَ. فلو مَنَعَها حَقًّا كَقَسْمٍ ونَفَقةٍ أَلْزَمَه القاضي تَوْفِيَتَه، ....

فلَعَلَّها تعتَذِرُ أو تَتوبُ وحَسَنٌ أنْ يستَميلها بشيءٍ والمُرادُ نفيُ هَجْرٍ بفَوْتها حَقَّها من نحوِ قسمٍ لِحرمَته حينئذٍ بخلافِ هَجْرِها في المضْجَعِ فإنّه يَجوزُ؛ لأنّه حَقُّه كما مَرَّ.

(فإنْ تَحقَّقَ نُشوزٌ) كمَنْعِ تَمَتُّعٍ وخُروجٍ لِغيرِ عُذْرٍ (ولم يتكرَّرْ وعَظَ وهَجَرَ) نَدْبًا (في المضْجَعِ) بفتحِ الجيمِ ويَجوزُ كسرُها أي الوطءُ أو الفِراشُ لِظاهرِ الآيةِ لا في الكلامِ لِحرمَته لِكلِّ أحدٍ فيما زاد على ثلاثةِ أيّامٍ إلا إنْ قصَدَ به رَدَّها عن المعصيةِ وإصلاحِ دينِها لا حَظَّ نفسِه ولا الأمرَين فيما يظهرُ لِجوازِ الهجْرِ بلْ نَدْبَه لِعُذْرٍ شرعيٍّ ككونِ المهجورِ نحوَ فاسِقٍ أو مبتدعٍ وكصلاحِ دينِه أو دينِ الهاجِرِ ومن ثَمَّ (هَجَرَ رَسولُ اللّه ﷺ الثلاثةَ اللّذين خُلِّفوا ونَهى الصّحابةَ عن كلامِهم) ويُحْمَلُ على ذلك أيضًا ما جاءَ من مُهاجَرةِ السّلَفِ، (ولا يَضرِبُ في الأظهرِ) لِعدمِ تأكُّدِ الجنايةِ بالتّكرُّرِ.

(قُلت الأظهرُ يَضرِبُ) إنْ شاءَ بشرطِ أنْ يعلَمَ إفادةَ الضَّرْبِ قبلَ وأنْ لا تَظْهَرَ عداوتُه لها وإلا تعيَّنَ رَفْعُها للقاضي وهو مُتَّجَهٌ مَدْرَكًا لا نَقْلاً (واللّه أعلَمُ) كما هو ظاهرُ القُرآنِ ولم نَأْخُذْ به في المرْتَبةِ الأولى لِوُضوحِ الفرقِ بين الحالتَين ونازع فيه جمعٌ مُتأخِّرون واختاروا الأوّلَ.

(فإنْ تَكرَّرَ ضَرَبَ) إنْ علم ذلك أيضًا مع الوعْظِ والهجْرِ والأولى العفوُ ولا يَجوزُ ضَرْبٌ مُدْمٍ أو مُبَرِّحٍ وهو كما هو ظاهرٌ ما يعظُمُ ألَمُه بأنْ يخشَى منه مُبيحَ تَيَمُّمٍ وإنْ لم تنزَجِرْ إلا به فيحرُمُ المُبَرِّحُ وغيرُه كما يأتي ويُؤَيِّدُ تفسيري للمُبَرِّحِ بما ذُكِرَ قولُ الرّويانيِّ عن الأصحابِ يَضرِبُها بمنديلٍ مَلْفوفٍ أو بيَدِه لا بسَوْطٍ ولا بعَصًا ا هـ قد يُنافيه ما يأتي في سوْطِ الحُدودِ والتّعازيرِ إلا أنْ يُفرَّقَ بأنّه لَمّا كان الحقُّ هنا لِنفسِه والأولى العفوُ خَفَّفَ فيه ما لم يُخَفِّفْ في غيرِه ولا على وجهٍ أو مهلَكٍ ولا لِنحوِ نَحيفة لا تُطيقُه وقد يُستَغْنَى عنه بالمُبَرِّحِ ولا أنْ يَبْلُغَ ضَرْبُ حُرّةٍ أربَعين وغيرِها عِشرين أمّا إذا علم أنّه لا يُفيدُ فيحرُمُ؛ لأنّه عُقوبةٌ بلا فائدةٍ وإنّما ضرب للحَدِّ والتعزيرِ مُطْلَقًا ولو لِلّه لِعمومِ المصْلَحةِ ثَمَّ ولم يجب الرّفْعُ هنا للحاكِمِ؛ لأنّه مُشِقٌّ ولأنّ القصْدَ رَدُّها لِلطّاعةِ كما أفادَه قولُه تعالى ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٣٤] ولو ادَّعَى أنّ سببَ الضّرْبِ النُّشوزُ وأنكرتْ صُدِّقَ كما بحثه في المطْلَبِ؛ لأنّ الشرعَ جعله وليًّا فيه ويُتَّجه أنّه إنّما يُصَدَّقُ بيَمينِه والفرقُ بينه وبين الوليِّ واضِحٌ وأنّ مَحلَّه فيمَنْ لم تُعْلم جَراءَتُه. واستهتارُه وإلا لم يُصَدَّقْ.

(تنبيهٌ) قولُه فإنْ تكرَّرَ تصريحٌ بمفهومِ قولِه أوّلاً ولم يتكرَّرْ بعدَ ذِكْرِ ما فيه من الرّاجِحِ ومُقابِلِه فما قيلَ لو قدَّمَه على الزّيادةِ وقَيَّدَ الضّرْبَ فيها بعدمِ التّكرُّرِ كانَ أُقعِدَ ممنوعٌ بل الأقعَدُ ما فعله؛ لأنّ التّصْريحَ بالمفهومِ إنّما يكونُ بعدَ استيفاءِ ما في المَنْطوقِ فتأمّلْه.

(فلو مَنَعَها حقًّا كقَسمٍ ونفقةٍ أَلْزَمَه القاضي توفيته) إذا طلبتْه فإنْ لم يتأهَّلْ للحَجْرِ عليه أُلزِمَ وليُّه

فإنْ أساءَ خُلُقَه وآذاها بلا سَبَبٍ نَهاه، فإنْ عادَ عَزَّرَهُ.
وإنْ قال كُلٌّ: إنّ صاحِبَه مُتَعَدٍّ تَعَرَّفَ القاضي الحالَ بثِقَةٍ يُخْبِرُهما ومَنَعَ الظّالِمَ، فإن اشْتَدَّ الشِّقاقُ بَعَثَ حَكَمًا من أهلِه وحَكَمًا من أهلِها، وهما وكيلانِ لهما، وفي قولٍ مَوَلَّيانِ مِن الحاكِمِ.

بذلك وله بالشُّروطِ السّابِقة في ضَرْبِها لِلنُّشوزِ كما هو ظاهرٌ تأديبُها لِحَقِّه كشَتْمِه لِمَشَقة الرَّفْعِ للحاكِمِ، (فإنْ أساءَ خُلُقَه وأذاها) بنحوِ ضَرْبٍ (بلا سببٍ نَهاه) من غيرِ تعزيرٍ والقياسُ جوازُه إذا طلبتْه لكن أَجابَ السُّبْكيُّ ومَنْ تبِعَه بأنّ إساءةَ الخُلُقِ بين الزوجَين تَغْلِبُ والتعزيرُ عليها يوَرِّثُ وحْشةً فاقتصَرَ على نَهْيِه رَجاءَ أنْ يَلْتَئِمَ الحالُ بينهما ويُؤَيِّدُه الوطءُ في الدُّبُرِ أوّلَ مَرّةٍ (فإنْ عادَ) إليه (عَزَّرَه) بطَلَبِها بما يَراه (فإنْ قال كلٌّ) من الزوجَين (إنّ صاحِبَه مُتعدٍّ) عليه (تعرَّفَ) وجوبًا فيما يظهرُ إنْ لم يَظُنَّ فِراقَه لها ولم يندَفع ما ظَنّه بينهما من الشّرِّ إلا بالتّعَرُّفِ (القاضي الحالَ) بينهما (بثِقة) أي ولو عَدْلاً روايةً فيما يظهرُ ثَمّ رأيت ما يأتي عن الزّركشيّ وهو ظاهرٌ في (يخبِرُهما) بفتحِ أوّلِه وضَمِّ ثالِثِه بمُجاوَرَته لهما فإنْ لم يكن لهما جارٌ ثِقة أسكنَهما بجَنْبِ ثِقة وأمَرَه بتعرُّفِ حالِهما وإنْهائِها إليه لِعُسرِ إقامةِ البيِّنةِ على ذلك وكلامُ المُصَنِّفِ كالرّافِعيِّ صريحٌ في اعتبارِ العدالةِ دون العددِ وبه صرّح في التّهذيبِ وقال الزّركشيُّ الظّاهرُ اعتبارُ مَنْ تَسكُنُ النّفسُ لِخبرِه؛ لأنّه من بابِ الخبرِ لا الشّهادةِ وأيّدَه غيرُه بأنّهم لم يشترِطوا صيغةَ شَهادةٍ ولا نحوِ حُضورِ خَصْمٍ.

(ومَنَعَ الظّالِمَ) من ظُلْمِه بنَهْيِه له أوّلَ مَرّةٍ بغيرِ تعزيرٍ وثانيًا بالتعزيرِ وبتعزيرِها مُطْلَقًا وكان الفرقُ أنّ له شُبهةً من حيثُ إنّ الشّارعَ جعله وليًّا عليها في التّأديبِ فاحتيطَ له بخلافِها فإنْ لم يَمْتَنِعْ حالَ بينهما إلى أنْ يرجعَ بل يظهرُ أنّه لو علم من جَراءَته وتَهَوُّرِه أنّه لو اختَلى بها أَفْرَطَ في إضْرارِها حالَ وجوبًا بينه وبينها ابتداءً؛ لأنّ الإسكان بجَنْبِ الثّقة لا يُفيدُ حينئذٍ ثمّ رأيت الإمامَ قال إنْ ظَنّ تعدّيه لم يَحِلْ وإنْ تَحَقَّقَه أو ثَبَتَ عندَه وخافَ أنْ يَضرِبَها ضَرْبًا مُبَرِّحًا حالَ بينهما لِئَلّا يَبْلُغَ منها ما لا يُستَدْرَكُ قال غيرُه فمَنْ لم يذكر الحيْلولةَ أرادَ الأوّلَ ومَنْ ذكرَها كالغزاليِّ والحاوي الصّغيرِ والمُصَنِّفِ في تنقيحِه أرادَ الثاني وهو صريحٌ فيما ذكرْته وشيخُنا قال والظّاهرُ أنّ الحيْلولةَ بعدَ التعزيرِ والإسكانِ اهـ وإنّما يُتّجه إنْ لم يعلم من الإسكانِ تَوَلُّدَ ما مَرَّ.

(فإن اشتَدَّ الشِّقاقُ) أي الخلافُ (بَعَثَ القاضي) وجوبًا والمُنازعةُ فيه مَرْدودةٌ بأنّ هذا من بابِ رَفْعِ الظّلامات وهو من الفُروضِ العامّةِ والمُتأكِّدةِ على القاضي (حَكَمًا) ويُسَنُّ كونُه (من أهلِه وحَكَمًا) ويُسَنُّ كونُه (من أهلِها) للآيةِ فلا يكفي حَكَمٌ واحدٌ بل لا بُدَّ من حَكَمَين ينظُرانِ في أمرِهما بعدَ اختلاءِ حكمٍ كلٍّ به ومعرفة ما عندَه (وهما وكيلانِ لهما)؛ لأنّهما رَشيدانِ فلا يوَلّى عليهما في حَقِّهما إذِ البُضْعُ حَقُّه والمالُ حَقُّها (وفي قولٍ) حاكِمانِ (مَوَلَّيانِ من الحاكِمِ) لِتَسميَتِهما في الآيةِ حَكَمَين وقد يوَلّى على الرّشيدِ كالمُفلِسِ ويُجابُ بأنّ التوليةَ على مالِ المُفلِسِ لا ذاته وما هنا ليس كذلك..

فَعلى الأوّلِ يُشْتَرَطُ رِضاهما فَيوَكِّلُ حَكَمَه بطَلاقٍ وقَبولِ عِوَضِ خُلْعٍ، وتوَكِّلُ حَكَمَها بِبَذْلِ عِوَضٍ وقَبولِ طَلاقٍ بهِ.

(فعلى الأوّلِ يُشتَرَطُ رِضاهما) ببَعْثِهِما (فيوَكِّلُ) هو (حَكَمَه بطلاقٍ وقَبولِ عِوَضِ خُلْعٍ وتوَكِّلُ) هي (حَكَمَها ببَذْلِ عِوَضٍ وقَبولِ طلاقٍ به) ثمّ يَفْعَلانِ الأصلَحَ من صُلْحٍ أو تفريقٍ فإن اختلف رَأْيُهما بَعَثَ القاضي اثنين ليَتَّفِقا على شيءٍ ولِتعلُّقِ وكالَتِهِما بنَظَرِ القاضي اشترطَ فيهما ما في أمينِه من حُرّيّةٍ وعدالةٍ واهْتداءٍ للمقصودِ ويُسَنُّ ذُكورَتُهما فإنْ عَجَزا عن تَوافُقِهِما أدَّبَ القاضي الظّالِمَ واستوفَى حَقَّ المظْلومِ ولا يَجوزُ لِوَكيلٍ في طلاقٍ أنْ يُخالِعَ؛ لأنّ وكيله وإنْ أفادَه ما لا فوْتَ عليه الرّجعةُ ولا لِوَكيلٍ في خُلْعٍ أنْ يُطَلِّقَ مَجّانًا.



بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الخُلْعِ

هو فُرْقةٌ بعِوَضٍ ....

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ الخُلْعِ

بالضَمِّ من الخلْعِ بالفتح وهو النَزْعُ؛ لأنّ كلًّا لِباسٌ للآخرِ كما في الآيةِ وأصلُه قبلَ الإجماعِ قوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة :٢٢٩] ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ﴾ [النساء :٤] وخبرُ البُخاريِّ أنّه ﷺ «قال لِثابِت بنِ قيسٍ وقد سألَتْه زوجَتُه أنْ يُطَلِّقَها على حديقَتِها التي أصدَقَها إيّاها خُذِ الحديقة وطَلِّقْها تَطْليقة»[1] وهو أوّلُ خُلعٍ في الإسلامِ وأصلُه مَكْروهٌ وقد يُستَحَبُّ كالطّلاقِ ويَزيدُ هذا بنَدْبه لِمَنْ حَلَفَ بالثلاثِ على شيءٍ لا بُدَّ له من فعلِه وفيه نَظَرٌ لِكثرةِ القائِلين بعَوْدِ الصِّفة فالأوجَه أنّه مُباحٌ لِذلك لا مَندوبٌ على أنّ في التّخَلُّصِ به تفصيلًا يأتي في الطّلاقِ فتَفَطَّنْ له وإذا فعلَ الخُلْعَ في هذه الصّورةِ فلْيُشهِدْ عليه فإنّه إذا أعادَها لا يُقْبَلُ قولُه فيه وإنْ صَدَّقته على ما جَزَمَ به بعضُهم ويُؤَيِّدُه ما مَرَّ أنّ اتِّفاقَهما على مُفْسِدٍ للعقدِ بعدَ الثلاثِ لا يُفيدُ لِرَفْعِه التحليلَ فإنْ قُلْت فلِمَ قُبِلَت البيِّنةُ هنا كما هو مقتضى أمرِه بالإشهادِ لا ثَمَّ قُلْت يُمْكِنُ توجيهُه بأنّها هنا لا ترفَعُ العقدَ الموجِبَ للوُقوعِ بخلافِها ثَمَّ فكانت التُّهْمةُ فيها أقوى ثمّ رأيت شيخَنا أفتى بعدمِ قبولِ بيِّنَته وهو القياسُ ولا نَظَرَ لِتَفاوُت التُّهمةِ ولو مَنَعَها نحوَ نفقةٍ لِتختَلِعَ منه بمالٍ ففعلَتْ بَطَلَ الخُلْعُ ووقع رجعيًّا كما نَقَله جمعٌ مُتَقَدِّمون عن الشيخ أبي حامِدٍ أوّلًا بقَصْدِ ذلك وقَعَ بائِنًا وعليه يُحْمَلُ ما نَقَلاه عنه أنّه يصحُّ ويأثَمُ بفعلِه في الحالينِ وإنْ تَحَقَّقَ زِناها وكان الفرقُ أنّه لَمّا اقترَنَ المنعُ بقَصْدِ الخُلْعِ وكان يعسَرُ تخليصُ مثلِ ذلك منه بالحاكِمِ لِمَشَقَّته وتكرُّرِه نُزِّلَ منزلةَ الإكْراه بالنّسبةِ لالتزامِ المالِ بخلافِ ما إذا لم يقصِدْ ذلك فإنّه ينجَعُ فيه القاضي وغيرُه غالِبًا فلم يُلْحِقوه بالإكْراه ذلك هذا غايةُ ما يوَجَّه به ذلك وقضيّةُ قولِهم إنّه لا يُؤَثِّرُ إضمارُ المُبْطِلِ الأخذُ بإطلاقِ صحّته ووُقوعِه بائِنًا في الحالينِ كما اقتضاه ما نَقَلاه عن الشيخِ وأمّا زَعْمُ أنّه إكْراهٌ فيهما فبَعيدٌ؛ لأنّ شرطَه أنْ لا يُمْكِنَ التّخَلُّصُ منه بالحاكِمِ وهنا يُمْكِنُ ذلك على ما تقرّر.

(هو فُرْقة بعِوَضٍ) مقصودٌ كمَيِّتةٍ وقَوَدٌ لها عليه راجِعٌ لِلزوجِ أو سيِّدِه ولو كان العِوَضُ تقديرًا كأنْ خالَعَها على ما في كفِّها عالَمين بأنّه لا شيءَ فيه فإنّه يجبُ مهرُ المثلِ وكذا على البراءةِ من صَداقِها أو

---

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

بلَفْظِ طَلاقٍ أو خُلْعٍ. شَرْطُه زَوْجٌ يَصِحُّ طَلاقُه، فلو خالَعَ عبدٌ أو مَحجورٌ عليه بسَفَهٍ صَحَّ، ووَجَبَ دَفْعُ العِوَضِ ....

بَقيَّته ولا شيءَ لها عليه ويُؤْخَذُ من اكتفائِهم في العِوَضِ بالتقديرِ صحّةُ ما أفتى به البُلْقينيُّ ومَنْ تَبِعَه فيمَنْ لو قال لِزوجَته قبلَ الدُّخولِ إنْ أبرَأتني من مهرِك فأنت طالِقٌ فأبرَأتْه فإنّه يصحُّ الإبراءُ ويقعُ الطّلاقُ؛ لأنّها مالِكةٌ لِكلِّ المهرِ حالَ الإبراءِ وإذا صَحَّ لم يرتَفع وقال آخرون لا طلاقَ؛ لأنّ من لازِمِه رُجوعَ النّصفِ إليه فلم يَبْرَأ من الجميعِ فلم يوجَد المُعَلَّقُ به من الإبراءِ من كلِّه ولأنّ المُعَلَّقَ بصِفة يقعُ مُقارِنًا لها كما ذكروه في تعاليقِ الطّلاقِ وأيَّدَه بعضُهم بأنّه يصحُّ خُلعُها المُنَجَّزُ به لَكِنّه يرجِعُ عليها بنصفِ مهرِ المثلِ لِفسادِ نصفِ عِوَضِه برُجوعِه به لِلزوجِ ويُجابُ بمَنْعِ المُلازَمةِ لِما مَرَّ أنّها لو أبرَأتْه ثمّ طَلَّقَها لم يرجِعْ عليها بشيءٍ وبأنّ معنى قولِهم في تعاليقِ الطّلاقِ الشرطُ عِلّةٌ وضعيّةٌ والطّلاقُ معلولُها فيتقارَنانِ في الوجودِ كالعِلّةِ الحقيقيّةِ مع معلولِها أنّه إذا وُجِدَ الشرطُ قارَنَه المشروطُ فهنا إذا وُجِدَ الإبراءُ قارَنَه الطّلاقُ بمقتضى لفظه والتّشطيرُ إنّما يوجَدُ عَقِبَ الطّلاقِ؛ لأنّه حكمٌ رَتَّبَه الشّارعُ عليه وعَقِبَه لم يَبْقَ مهرٌ حتى يتشَطَّرَ على إنْ جَمَعا على تَقَدُّمِها بالزّمانِ على معلولِها واختارَه السُّبْكيُّ وغيرُه بل على الأوّلِ بينهما تَقَدَّمَ وتأخَرَ من حيثُ الرُّتْبةُ ويُفَرَّقُ بين ما هنا والخُلْعُ المُنَجَّزُ بأنّ البراءةَ وُجِدَتْ في ضِمْنِه وفي مسألَتنا وُجِدَتْ مُتَقَدِّمةً على وقت التّشْطيرِ فلم يرجِعْ منه شيءٌ له إمّا فُرْقة بلا عِوَضٍ أو بعِوَضٍ غيرِ مقصودٍ كدَمٍ أو بمقصودٍ راجِعٍ لِغيرِ مَنْ مَرَّ كأنْ عَلَّقَ طلاقَها على إبرائِها زَيْدًا عَمّا لها عليه فإنّه لا يكونُ خُلْعًا بل يقعُ رجعيًّا وزعم أنّ وُقوعَه في الدّمِ رجعيًّا يمنعُ كونَه بعِوَضٍ فلا يحتاجُ لِمقصودٍ يُرَدُّ بأنّ العِوَضَ في هذا البابِ يشمَلُ المقصودَ وغيرَه فوَجَبَ التقييدُ بالمقصودِ وكان وُقوعُه رجعيًّا مانِعًا لِكونِه مقصودًا لا لِكونِه عِوَضًا.

ولو خالَعَها على إبرائِه وإبراءِ زَيْدٍ فأبرَأتْهما براءةً صحيحةً فهل يقعُ بائنًا نَظَرًا لِرُجوعِ بعضِه لِلزوجِ أو رجعيًّا نَظَرًا لِرُجوعِ البعضِ الآخرِ للأجنَبيِّ كلٌّ مُحتَمَلٌ والأوّلُ أقربُ؛ لأنّ رُجوعَه لِغيرِ الزوجِ يحتَمِلُ أنّه مانِعٌ للبَيْنونةِ أو غيرُ مقتضٍ لها فعلى الثاني البَيْنونةُ واضِحةٌ وكذا على الأوّلِ إذْ كونُه مانِعًا لها إنّما يُتَّجه إن انفَرَدَ لا إن انضَمَّ إليه مقتضٍ لها (بلفظِ طلاقٍ) أي بلفظٍ مُحَصِّلٍ له صريحٍ أو كِنايةٍ ومن ذلك لفظُ المُفاداةِ الآتي ولِكونِ لفظِ الخُلْعِ الأصلَ في البابِ عَطَفَه على ما قبله من بابِ عَطْفِ الأخصِّ على الأعَمِّ فقال (أو خُلْعٍ) فالمُرادُ بالخُلْعِ في التّرجَمةِ معناه كما أفادَه حَدُّه له بما مَرَّ.
وأركانُه: زوجٌ ومُلْتَزِمٌ وبُضْعٌ وعِوَضٌ وصيغةٌ.

(شرطُه) أي الذي لا بُدَّ منه لِصحّته فلا يُنافي كونَه رُكْنًا (زوجٌ) أي صُدورُه من زوجٍ وشرطُ الزوجِ أنْ يكون بحيثُ (يصحُّ طلاقُه)؛ لأنّه طلاقٌ فلا يصحُّ مِمَّنْ لا يصحُّ طلاقُه مِمَّنْ يأتي في بابه، (فلو خالَعَ عبدٌ أو محجورٌ عليه بسَفَهٍ) زوجَته معها أو مع غيرِها (صَحَّ) ولو بأقَلِّ شيءٍ وبِلا إذْنٍ؛ لأنّ لِكلٍّ منهما أنْ يُطَلِّقَ مَجانًا فبِعِوَضٍ أولى، (ووَجَبَ) على المختَلِعِ (دَفْعُ العِوَضِ) العين أو الدّين . . . .

إلى مَوْلاه ووَليِّهُ.

(إلى مولاه) أي العبدِ؛ لأنّه مَلَكه قهرًا ككسبه نعم، المأذونُ له يُسَلِّمُ له وكذا المُكاتَبُ لاستقلالِه وكذا مُبَعَّضٌ خالَعَ في نَوْبَته بناءً على دخولِ الكسبِ النّادِرِ في المُهاياةِ فإنْ لم تكن مُهاياةٌ فما يَخُصُّ حُرِّيَّته (ووَليِّه) أي السّفيه كسائِرِ أموالِه فإنْ دَفعه له فإنْ كان بغيرِ إذْنِه ففي العين يأخُذُها الوليُّ إنْ علم فإنْ قصَّرَ حتى تَلِفت ضَمِنَها على أحدِ وجهَين رُجِّحَ ويوَجَّه بأنّ الخُلْعَ لَمّا وقَعَ بها دخلتْ في ملكِ السّفيه قهرًا نظيرُ ما تقرّر في السّيِّدِ فحينئذٍ تركُها بيَدِه بعدَ علمِه تقصيرٌ أيُّ تقصيرٍ فضَمِنَها فإنْ لم يعلم بها وتَلِفت في يَدِ السّفيه رجع على المختَلِعِ بمهرِ المثلِ لا البدَلِ أي؛ لأنّه ضامِنُه ضمانَ عقدٍ لا يَدٍ وفي الدّين يرجعُ الوليُّ على المختَلِعِ بالمُسَمَّى لِبَقائِه في ذِمَّته لِعدمِ القبضِ الصّحيحِ ويستَرِدُّ المختَلِعُ من السّفيه ما سلَّمَه فإنْ تَلِفَ في يَدِه لم يُطالِبْه به ظاهرًا كما مَرَّ في الحجْرِ وكذا في العبدِ لكن له مُطالَبَتُه إذا عَتَقَ نعم، لو قيَّدَ أحدُهما الطّلاقَ بالدفعِ أي أو نحوِ إعطاءٍ أو قبضٍ أو إقباضٍ كما هو ظاهرٌ إليه جازَ لها أنْ تَدْفع إليه ولا ضمانَ عليها؛ لأنّها مُضطَرّةٌ لِلدَّفْعِ إليه ليقعَ الطّلاقُ على أنّه عندَ الدفعِ ليس ملكه حتى تكون مُقصِّرةً بتَسليمِه له وإنّما هو مَلَكها ثمّ يملكُه بعدُ وإنْ كان بإذْنِه صَحَّ في القِنِّ في العين والدّين وفي السّفيه في العين وحينئذٍ متى لم يُبادِر الوليُّ إلى أخذِها منه فتَلِفت في يَدِه ضَمِنَها؛ لأنّه المُقصِّرُ بالإذْنِ له في قبضِها وأمّا الدّيْنُ ففي الاعتدادِ بقبضِه له وجهانِ عن الدّارَكيِّ ورجح الحنّاطيُّ الاعتدادَ به كذا قاله الشيخانِ وظاهرُه أنّهما مع الحنّاطيِّ فيما رجحه من الاعتدادِ وهو ما اقتضاه النّصُّ بل ظاهرُ عبارةِ البحرِ وغيرِه أنّ الدّارَكيَّ رجحه أيضًا حيثُ قال كما لو أمَرَها بالدفعِ إلى أجنبيٍّ أي رَشيدٍ وهو ظاهرُ المذهبِ وعليه فإطلاقُ المتنِ الآتي أنّه لا يَجوزُ لِلزوجِ توكيلُ سفيهٍ في قبضِ العِوَضِ مَحلُّه حيثُ لم يأذَنْ له وليُّه في القبضِ وإلا جازَ؛ لأنّه إذا صَحَّ قبضُه دَيْنَ نفسِه بالإذْنِ فدَيْنُ غيرِه كذلك بجامِعِ أنّ ما في الذِّمّةِ لا يَبْرَأُ منه إلا بقبضٍ صحيحٍ وقد جعلوه هنا صحيحًا بإذْنِ وليِّه فلْيصِحَّ بإذْنِه أيضًا عن الغيرِ ويُؤَيِّدُ ذلك القاعِدةُ السّابِقةُ في الوكيلِ أنّ الأصلَ فيه أنّ ما صَحَّتْ مُباشَرَتُه له بنفسِه صَحَّ تَوَكُّلُه فيه عن الغيرِ وبهذا يُعْلَمُ أنّ تقييدَ جمعٍ مُتأخِّرين منهم السُّبْكيُّ صحّةَ قبضِه بما إذا كان العِوَضُ مُعَيَّنًا أو عَلَّقَ الطّلاقَ بنحوِ دَفْعِه إليه بَعيدٌ من كلامِهم وأنّ هذا التقييدَ إنّما يُحْتاجُ إليه فيما إذا لم يأذَنْ له الوليُّ كما تقرّر أو على الوجه الثاني وهو أنّه لا يُعْتَدُّ بقبضِه ولو مع إذْنِ الوليِّ له فيه.

وجزم به الدّارِميُّ فلا يَبْرَأُ بتَسليم العِوَضِ إليه مُطْلَقًا إلا إذا بادَرَ الوليُّ فأخذَه منه فيَبْرَأُ حينئذٍ على المنقولِ المعتمدِ ووَجَّهَه الأذرَعيُّ بأنّ المالَ وإنْ كان باقيًا على ملكِها لِفَسادِ القبضِ فهي بدَفْعِه إليه أذِنَتْ في قبضِه عَمّا عليها فإذا قبضه الوليُّ من السّفيه له اعتَدَّ به ويظهرُ أنّ هذه المُبادَرةُ لا تَلْزَمُ الوليَّ؛ لأنّه لا ضَرَرَ على السّفيه ببَقائِه في يَدِه؛ لأنّها إنْ أخذَتْه فواضِحٌ أو أخَّرَتْه حتى تَلِفَ في يَدِ السّفيه أو أتْلَفَه فهي المُقصِّرةُ فيرجعُ وليُّه عليها بعِوَضِه ووقع لِشارِحٍ هنا أنّه مَزَجَ المتنَ بما صَيَّرَه

وَشَرْطُ قابِلِه إِطْلاقُ تَصَرُّفِه في المالِ، فإن اخْتَلَعَتْ أمةٌ بلا إذْنِ سَيِّدٍ بدَيْنٍ أو عَيْنِ مالِه بانَتْ، ولِلزَّوْجِ في ذِمَّتِها مَهْرُ مِثْلٍ في صورةِ العيْنِ، وفي قولٍ قيمَتُها، وفي صورةِ الدَّيْنِ المُسَمَّى، وفي قولٍ مَهْرُ مِثْلٍ، وإنْ أذِنَ وعَيَّنَ عَيْنًا له أو قَدَّرَ دَيْنًا فامتَثَلَتْ تُعَلَّقُ بالعيْنِ وبِكَسْبِها في الدَّيْنِ، ....

صريحًا في وجوبِ الدفعِ لِلسَّفيه بإذْنِ الوليِّ وهو بَعيدٌ حتى على الوجه الأوّلِ؛ لأنّ فيه ورْطةَ بَقائِه في ذِمّةِ المختَلِعِ على الوجه الثاني فكان الوجه جوازَ ذلك لا وجوبَه ثمّ رأيت شيخَنا انتصر أيضًا لِترجيح الأوّلِ.

(وشرطُ قابِلِه) أو مُلْتَمِسِه من زوجةٍ أو أجنبيٍّ ليصحَّ خُلْعُه مَنْ أصلُه التَّكْليفُ والاختيارُ وبالمُسَمَّى وسيأتي أنّ الوكيلَ السّفيهَ إذا أضافَ المالَ إليها يقعُ بالمُسَمَّى وقد ترى على عبارَته (إطلاقُ تصَرُّفِه في المالِ) بأنْ يكون غيرَ محجورٍ عليه لِسَفَهٍ أو رِقٍّ؛ لأنّ الاختلاعَ التزامٌ للمالِ فهو المقصودُ منه، (فإن اختلَعَتْ أمةٌ) ولو مُكاتَبةً على تَناقُضٍ فيها والكلامُ في رَشيدةٍ وإلا فكالسّفيهةِ الحُرّةُ فيما يأتي وقولُ شيخِنا ولو سفيهةً أخذًا من قولِ الماوَرْديِّ لم يُفَرِّقوا بين رُشْدِها وسَفَهِها وهو مقتضى كلام الأُمِّ يَتعيَّنُ حملُه على السّفيهةِ المُهْمِلةِ أو على صحّته بالعين أو الكسبِ في صورَتَيْهِما الآتيتين أمّا بالنّسبةِ لِما يلزمُ ذِمَّتَها في الصّوَرِ الآتيةِ فلا بُدَّ من عدمِ الحجْرِ كما هو واضِحٌ (بلا إذْنِ سيِّدٍ) لها رَشيدٍ (بدَيْنٍ أو عَينِ مالِه) أو مالِ غيرِه أو عَينِ اختصاصٍ كذلك (بانَتْ) لِوُقوعِه بعِوَضٍ نعم، إنْ قيَّدَ بتمليكِها العيْنَ له لم تَطْلُقْ.

(ولِلزوجِ في ذِمَّتها مهرُ مثلٍ) يَتْبَعُها به بعدَ العتقِ واليسارِ (في صورةِ العين)؛ لأنّه المُرادُ حينئذٍ ولو خالَعَتْه بمالٍ وشَرَطَتْه لِوقت العتقِ فسَدَ ورجع بمهرِ المثلِ بعدَ العتقِ وتعجَّبَ منه السُّبْكيُّ؛ لأنّه شرطٌ يوافِقُ مقتضى العقدِ فكيف يُفْسِدُه وقد يُجابُ بأنّه ليس مقتضاه اختيارًا وإنّما يُحْمَلُ عليه لِلضّرورةِ (وفي قولِ قيمَتُها) إنْ تَقَوَّمت وإلا فمثلُها (و) له (في صورةِ الدّين المُسَمَّى) كما يصحُّ التزامُ الرّقيقِ بطَريقِ الضّمانِ ويُتْبَعُ به بعدَ العتقِ واليسارِ (وفي قولِ مهرُ مثلٍ) ويَفْسُدُ المُسَمَّى ورجحه أصلُه وجَرى عليه كثيرون؛ لأنّها ليستْ أهلاً لِلالتزام، (وإنْ أذِنَ) السّيِّدُ لها في الاختلاعِ (وعَيَّنَ عَينًا له) من مالِه (أو قدَّرَ دَيْنًا) في ذِمَّتها كألفِ دِرْهَم (فامتَثَلَتْ تعلَّقَ) الزوجُ (بالعين) في الأُولى عَمَلاً بإذْنِه نعم، إنْ أذِنَ لها أنْ تُخالِعَ برَقَبَتِها وهي تحتَ حُرٍّ أو مُكاتَبٍ لم يصحَّ؛ لأنّ الملك يُقارِنُ الطّلاقَ فيمنعُه ومن ثَمَّ لو عَلَّقَ طلاقَ زوجَته المملوكةِ لِموَرِّثِه بموته لم تَطْلُقْ إلا إذا قال إنْ مِتُّ فأنت حُرّةٌ (وبِكسبِها) الحادِثِ بعدَ الخُلْعِ ومالِ تجارَتها الذي لم يَتعلَّقْ به دَيْنٌ (في الدّين) في الثانيةِ عَمَلاً بإذْنِه أيضًا فإنْ لم تكن مُكْتَسِبةً ولا مأذونةً ففي ذِمَّتها تُتْبَعُ به بعدَ عتقِها ويَسارِها وخرج بامتَثَلَتْ ما لو زادتْ على المأذونِ فيه فإنّها تُتْبَعُ بالزّائِدِ في الدّين وبَدَلِه في العين بعدَ العتقِ فإنْ قُلْت قياسُ اختلاعِها بعَيْنٍ بلا إذْنٍ أنّ الواجبَ هنا في العين الزّائِدةِ حِصَّتُها من مهرِ المثلِ لو وُزِّعَ على قيمَتها وقيمةِ العين المأذونِ

وإنْ أطْلَقَ الإذْنَ اقْتَضَى مَهْرَ المِثْلِ من كَسْبِها. وإنْ خالَعَ سَفيهةً أو قال طَلَّقْتُكِ على ألْفٍ فَقَبِلَتْ طَلُقَتْ رَجْعيًّا. فإنْ لم تَقْبل لم تَطْلُقْ.

لها فيها قُلْت القياسُ ظاهرٌ إلا أنْ يوَجَّهَ إطلاقُهم هنا وجوبَ الزّائِدِ بأنّه وقَعَ تابِعًا لِمأذونٍ فلم يتمَحَّضْ فسادُه فوَجَبَ بَدَلُه، (وإنْ أطلقَ الإذنَ) بأنْ لم يذكرْ فيه دَيْنًا ولا عَيْنًا (اقتضى مهرَ مثلٍ) أي مثلِها (من كسبِها) المذكورِ وما بيَدِها من مالِ التِّجارةِ كما لو أطلقَه لِعبدِه في النّكاح فإنْ زادتْ عليه فكما مَرَّ أمّا مُبَعَّضةٌ فإن اختَلَعَتْ بملكِها نَفَذَ به أو بملكِ السّيِّدِ فكما مَرَّ في الأمةِ أو بهما أُعْطِيَ كلٌّ حكمَه المذكورَ، (وإنْ خالعَ سفيهةً) أي محجورًا عليها بسَفَهٍ بألفٍ (أو قال طَلَّقْتُك على ألفٍ) أو على هذا (فقبِلَتْ) أو بألفٍ إنْ شِئْت فشاءَتْ فوْرًا أو قالتْ له طَلِّقْني بألفٍ فطَلَّقَها (طَلَقت رجعيًا) ولَغا ذِكْرُ المالِ وإنْ أذِنَ لها الوليُّ فيه لِعدمِ أهليَّتِها لالتزامِه وليس للوَليِّ صَرْفُ مالِها في هذا ونحوِه وإنْ تعيَّنَت المصْلَحةُ فيه على ما اقتضاه إطْلاقُهم ويَتعيَّنُ حملُه على ما إذا لم يُخْشَ على مالِها من الزوجِ ولم يُمْكِنْ دَفْعُه إلا بالخُلْعِ فينبغي جوازُه أعني صَرْفَ المالِ في الخُلْعِ أخذًا من أنّه يجبُ على الوصيِّ دَفْعُ جائِرٍ عن مالِ موَلّيه إذا لم يندَفع إلا بشيءٍ فإنْ قُلْت هو لا يُؤَثِّرُ بَيْنونةً؛ لأنّ الزوجَ لا يملكُه قُلْت الغالِبُ في الواقعِ رجعيًّا أنّه يَئولُ إلى البيْنونةِ فكان جوازُ ذلك مُحَصِّلاً ولو ظَنًّا لِسلامَتِها من أخذِ مالٍ لها أكثرَ من ذلك والكلامُ فيما بعدَ الدُّخولِ وإلا بانَتْ ولا مالَ كما نَبَّهَ عليه المُصَنِّفُ وهو واضِحٌ وفيما إذا لم يُعَلِّق الطّلاقَ.

بنحوِ إبرائِها من صَداقِها وإلا لم يقعْ خلافًا لِلسُّبْكيِّ وإنْ أبرَأَتْه لا يَبْرَأُ وفيما إذا علم أنّه لا يصحُّ التزامُها المالَ وإلا لم يقعْ على ما شَذَّ به الإمامُ وإنْ تَبِعَه جمعٌ لَكِنّ المنقولَ المعتمدَ أنّه لا فرقَ لِتقصيرِه ومن ثَمَّ أفتى بعضُهم بأنّه لو حكم بالأوّلِ حاكِمٌ نُقِضَ حكمُه أخذًا من قولِ السُّبْكيِّ ليس للحاكِمِ الحكمُ بالشّاذِّ في مذهبه وإنْ تأهَّلَ لِترجيحِه وليست المُراهِقة كالسّفيهةِ في ذلك على المعتمدِ فلا يقعُ عليها مُطْلَقًا؛ لأنّ السّفيهةَ مُتأهِّلةٌ لِلالتزام بالرُّشْدِ حالاً ولا كذلك الصّبيّةُ (فإنْ لم تقبل لم تَطْلُقْ)؛ لأنّ الصّيغةَ تقتَضي القبولَ نعم، إنْ نَوَى بالخُلْعِ الطّلاقَ ولم يُضْمِر التماسَ قبولِها وقَعَ رجعيًّا كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي ولو عَلَّقَ بإعطاءِ السّفيهةِ فأعطتْه لم يقعْ على الأرجَح عندَ البُلْقينيِّ من احتمالينِ له لأنّه يقتضي التمليك ولم يوجَدْ وفَرَّقَ بينه وبين ما يأتي في الأمةِ بأنّ تلك يلزمُها مهرُ المثلِ فهي أهلٌ لالتزامِه بخلافِ السّفيهةِ ورجح شيخُنا احتماله الثاني وهو انسِلاخُ الإعطاءِ عن معناه الذي هو التمليكُ إلى معنى الإقباضِ فتَطْلُقُ رجعيًّا وعَلَّله بتنزيلِ إعطائِها منزلةَ قبولِها ا هـ.

وفيه نَظَرٌ وإنْ قال إنّه مقتضى كلام الشيخينِ؛ لأنّ الأصلَ في الإعطاءِ أنّه يقتضي الملك وإنّما خَرَجْنا عنه في الأمةِ لِما تقرّر أنّ لها ذِمّةً قابِلةً لِلالتزام ببَدَلِ المُعْطَى ولا كذلك السّفيهةُ فأجرَيْناها على القاعِدةِ؛ لأنّ إعطاءَها لا يقتضي ملكًا ولا بَدَلاً له ويُفَرَّقُ بين قبولِها وإعطائِها بأنّ اعتبارَ قبولِها ليس لِوجودِ تعليقٍ محضٍ يقتضي التمليك بل لِما فيه شائِبةُ تعليقٍ على ما لا يقتضي الملك بخلافِ

....

إعطائِها فإنّ التعليقَ به محضٌ ومُنَزَّلٌ على الملكِ ولم يوجَدْ فاندَفع تنزيلُه منزلَتَه وليس من التعليقِ منه قولُها بَذَلْت لَك أو بَذَلْت من غيرِ لَك صَداقي على طلاقي فقال أنت طالِقٌ فيقعُ رجعيًّا؛ لأنّ التعليقَ إنّما تَضمَّنَه كلامُها لا كلامُه وحينئذٍ لا يَبْرَأُ وإنْ كانت رَشيدةً؛ لأنّ هذا البذْلَ لَغْوٌ؛ لأنّه لا يُستعمَلُ إلا في الأعيانِ وبِفرضِ صحّته في الدُّيونِ هو مُتَضَمِّنٌ لِتعليقِ الإبراءِ وتعليقُه يُبْطِلُه ثمّ رأيت غيرَ واحدٍ أفتوْا بما ذكرْته مع تعرُّضِ بعضِهم لِكونِ ابنِ عُجَيْلٍ والحضرَميِّ قالا بوُقوعِه بائِنًا بمهرِ المثلِ لَكِنّه أشارَ إلى أنّ ذلك لم يَثبُتْ عنهما وبعضُهم وهو الكمالُ الرّدّادُ شارحُ الإرشادِ للمُبالَغةِ في رَدِّ هذه المقالةِ فقال في حاكِمٍ حكم بالبيْنونةِ يُنْقَضُ حكمُه أي؛ لأنّه لا وجهَ له إذِ الزوجُ لم يربِطْ طلاقَه بعِوَضٍ ولا عبرةَ بكونِه إنّما طَلَّقَ لِظَنِّه سُقوطَ الصّداقِ عنه بذلك لِتقصيرِه بعدمِ التعليقِ به ومن ثَمَّ لو قال بعدَ البذْلِ أنت طالِقٌ على ذلك فقبِلَتْ وقَعَ بائِنًا بمهرِ المثلِ؛ لأنّه لم يُعَلِّقْ بالبراءةِ حتى يقتضيَ فسادُها عدمَ الوُقوعِ بل البذْلُ وهو لا يصحُّ فوَجَبَ مهرُ المثلِ ولَك أنْ تَحْمِلَ كلامَ ابنِ عُجَيْلٍ والحضْرَميِّ إنْ صَحَّ عنهما على ما إذا نَوَيا بَذْلَ مثلِ الصّداقِ وجعلاه عِوَضًا ففي هذه الحالةِ يقعُ بائِنًا بلا شَكٍّ ثمّ إنْ علماه وجَبَ وإلا فمهرُ المثلِ بخلافِ ما إذا لم ينويا ذلك فإنّه لا وجهَ للوُقوعِ بائِنًا حينئذٍ؛ لأنّها إنْ أرادَتْ ببَذَلْت الإبراءَ كما هو المُتَبادَرُ منها إذْ لا تُستعمَلُ عُرْفًا إلا في ذلك، فإنْ قُلْنا إنّ البذْلَ لا يصحُّ استعمالُه مُرادًا به الإبراءُ لِما بينهما من التّنافي كما يأتي بَيانُه آخِرَ الفصلِ الذي بعدَ هذا فواضِحٌ أنّ طلاقَه لم يقعْ بعِوَضٍ أصلًا فلا وجهَ إلا وُقوعَه رجعيًّا وإنْ قُلْنا إنّه يصحُّ.

إرادةُ ذلك به لِغلبةِ استعمالِه فيه عُرْفًا فهو إبراءٌ مُعَلَّقٌ وهو لا يصحُّ؛ لأنّه حينئذٍ بمنزلةِ أبرَأْتُك من صَداقي على طلاقي فقال أنت طالِقٌ وهذا إبراءٌ باطِلٌ؛ لأنّه مُعَلَّقٌ بالطّلاقِ وإذا بَطَلَ الإبراءُ لم يَبْقَ عِوَضٌ يقتضي البيْنونةَ وبِتَسليمِ أنّه ليس تعليقًا وأنّ على بمعنى مع نظيرُ طلاقِها بصحّةِ براءتها فلا عِوَضَ هنا مُلْتَزَمٌ أيضًا فلا بَيْنونةَ وقد تقرّر أنّ أطمعه فيه بلا لفظٍ يَدُلُّ عليه لا يُفيدُه شيئًا فاتَّضَحَ أنّه لا وجهَ لِما قاله ذانِك الإمامانِ إلا إنْ حُمِلَ على ما ذكرْته ومِمّا يُعَيِّنُ ذلك ما يأتي عن ابنِ عُجَيْلٍ ثمّ أنّه لو عَلَّقَ بالبراءةِ فأتَتْ بلفظِ البذْلِ لم يقعْ؛ لأنّه لا يحتَمِلُه فهذا صريحٌ في رَدِّ ما قاله هنا من البيْنونةِ إنْ لم نَحْمِلْه على ما ذُكِرَ وأنّ الوجهَ الذي لا يَجوزُ غيرُه فيما عدا هذه الصّورةَ أنّه لا يقعُ إلا رجعيًّا فتأمّلْه ثمّ رأيت صاحِبَ العُبابِ قال في فتاويه ما حاصِلُه إنْ علم الزوجُ بما قالتْ أي بحكمِه أنّه لا مُعاوَضةَ فيه فهو مبتدِئٌ بطلاقٍ فيقعُ رجعيًّا وإنْ ظَنّ أنّه وُجِدَ منها التماسٌ بعِوَضٍ صحيحٍ فيظهرُ فيه احتمالانِ؛ أقربُهما عدمُ الوُقوعِ؛ لأنّ جوابَه يُقَدَّرُ فيه إعادةُ ذِكْرِ ذلك العِوَضِ المذكورِ وهو لو قال كذلك جاهِلًا لم تَطْلُقْ إذْ لا عِوَضَ صحيحٌ ولا فاسِدٌ بل ولا التماسَ طلاقٍ فكأنّه قال ابتداءً طَلَّقْتُك بكذا ولم تقبل ثمّ قال والاحتمالُ الثاني وُقوعُه بمهرِ المثلِ كقولِها إنْ طَلَّقْتني فأنتَ بَريءٌ من صَداقي فطَلَّقَ جاهِلًا بفَسادِ البراءةِ على ما اختارَه البُلْقينيُّ وغيرُه من الفرقِ بين علمِه وجَهْلِه وهذا الاحتمالُ

وَيَصِحُّ اخْتِلاعُ المريضةِ مَرَضَ الموْتِ، ولا يُحْسَبُ مِن الثُّلُثِ إلّا زائِدٌ على مَهْرِ مِثْلٍ.

ضعيفٌ؛ لأنّه في هذه الصّورةِ وُجِدَ منها التماسُ الطّلاقِ فالفسادُ إنّما هو في العِوَضِ فقط وفي مسألَتِنا لم تَلْتَمِس طلاقًا أصلًا ا هـ وما وجَّهَ به ما اعتمده من وُقوعِه رجعيًّا في حالةِ العلم موافِقٌ لِما قدَّمْته أنّ طلاقَه لم يقعْ بعِوَضٍ أصلًا ومن عدمِ وُقوعِه في حالةِ الجهْلِ لِما ذكرَه يَرُدُّه قولُنا السّابِقُ أنّه لم يربِطْ طلاقَه بعِوَضٍ ولا عبرةَ بكونِه إلى آخِرِه فإنْ قُلْت يُنافي إفتاءَه المذكورَ قولُه في عُبابه ويظهرُ أنْ بَذَلْت صَداقي على طلاقي كأبرَأْتُك على الطّلاقِ قُلْت لا يُنافيه لِما يأتي فيه ثَمَّ عن الخوارِزْميِّ بما فيه مَبْسوطًا ولو قال أنت طالِقٌ على صحّةِ البراءةِ فإنْ أبرَأَتْ براءةً صحيحةً وقَعَ وإلا فلا ويظهرُ أنّه يقعُ هنا رجعيًّا كما هو التحقيقُ المعتمدُ في طلاقِك بصحّةِ براءتك؛ لأنّ الباءَ هنا كما احتَمَلَت المعيّةَ المرْدودَ به قولُ المُحِبِّ الطّبَريِّ يقعُ بائِنًا كذلك على تأتي بمعنى مع فساوَت الباءَ في ذلك ولو قالتْ بَذَلْت صَداقي على طلاقي وتُخَلّي لي بيتَك فقال أنت طالِقٌ على ذلك ولا أُخَلّي لَك البيتَ وقَعَ بائِنًا كما قاله جمعٌ وهو ظاهرٌ إنْ قبِلَتْ وإلا فلا وجهَ للبَيْنونةِ وعليها قال بعضُهم بمهرِ المثلِ ولا يَبْرأُ من المهرِ.

وقال بعضُهم يوزَّعُ المُسَمَّى على مهرِ المثلِ وقيمةِ البيت أي نظيرُ ما مَرَّ في الوصيّةِ بمنفعةٍ مجهولةٍ؛ لأنّها بَذَلَتْ مهرَها في مُقابَلةِ الطّلاقِ والتّخليةِ فوقع بما يُقابِلُه منه وفي إنْ أبرَأْتني من صَداقِك فقالتْ نَذَرْت لَك به قال جمعٌ لا يقعُ شيءٌ أي والنّذْرُ صحيحٌ واستَشْكلَ بأنّ هِبةَ الدّين لِمَنْ عليه إبراءٌ ورُدَّ بفَقْدِ صيغةِ البراءةِ أي والهِبةِ المُتَضَمِّنةِ لها ولا نَظَرَ لِتَضَمُّنِ النّذْرِ لها أيضًا؛ لأنّه تَضَمُّنٌ بَعيدٌ كما هو ظاهرٌ ومَحَلُّه حيثُ لم ينوِ سُقوطَ الدّين عن ذِمَّته وإلا بانَتْ بذلك وبَرِئَ.

(ويصحُّ اختلاعُ المريضةِ مَرَضَ الموت)؛ لأنّ لها صَرْفَ مالِها في شَهَواتها بخلافِ السّفيهةِ (ولا يُحْسَبُ من الثُّلُثِ إلا زائِدٌ على مهرِ مثلٍ)؛ لأنّ الزّائِدَ عليه هو التّبَرُّعُ وليس على وارِثٍ لِخُروجِه بالخُلْعِ عن الإرثِ ومن ثَمَّ لو ورِثَ ببُنوّةِ عمومةٍ مثلًا توَقَّفَ الزّائِدُ على الإجازةِ مُطْلَقًا أمّا مهرُ المثلِ فأقَلُّ من رَأسِ المالِ وفارَقت المُكاتَبَةَ بأنّ تَصَرُّفَ المريضِ أقوى ولهذا لَزِمته نفقةُ الموسِرين وجازَ له صَرْفُ المالِ في شَهَواته بخلافِ المُكاتَبِ ويصحُّ خُلْعُ المريضِ الزوجِ بأقَلِّ شيءٍ؛ لأنّه يصحُّ طلاقُه مَجّانًا فأولى بشيءٍ ولأنّ البُضْعَ لا تعلُّقَ للوارِثِ به والأجنَبِيِّ من مالِه ويُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ مُطْلَقًا؛ لأنّه تَبَرُّعٌ محضٌ فإنْ قُلْت قضيّةُ العِلّةِ أنّ الزوجَ لو كان وارِثَه احتيجَ للإجازةِ مُطْلَقًا قُلْت لا؛ لأنّ التّبَرُّعَ ليس عليه؛ لأنّ ما أخذَه في مُقابَلةِ عِصْمَته التي فكَّها فإنْ قُلْت فهو تَبَرُّعٌ عليها حينئذٍ فلْيُنْظَرْ لِكونِها وارِثةً للأجنَبِيِّ قُلْت العائِدُ إليها قد لا تكونُ راضيةً به وبِفرضِه فعدَمُ إذْنِها لم يُمَحِّض التّبَرُّعَ عليها والحاصِلُ أنّ ما هنا كفِداءِ الأسيرِ في أنّ التّبَرُّعَ ليس على الآسِرِ بل على المأسورِ لَكِنّه مع ذلك غيرُ محضٍ؛ لأنّ انتفاعَه بالمالِ المبْذولِ أمرٌ تابعٌ لِفَكِّه من الأسرِ لا مقصودٌ فكذا هنا فتأمّلْه ونَظَروا في قولِهم السّابِقِ إلا زائِدٌ على مهرِ مثلٍ لا هنا؛ لأنّ البُضْعَ مُقَوَّمٌ على الزوجةِ فنَظَرَ لِقيمَته والزّائِدِ عليها

وَرَجْعيّةٍ في الأَظْهَرِ، لا بائِنٍ. وَيَصِحُّ عِوَضُه قَليلاً وكَثيرًا دَيْنًا وعَيْنًا ومَنْفَعةً، ولو خالَعَ بمَجْهولٍ أو خَمرٍ بانَتْ بمَهْرِ مِثْلٍ، وفي قولٍ ببَدَلِ الخمرِ.

لا على الأجنَبيِّ فلم ينظُرْ لِذلك، (و) يصحُّ اختلاعُ (رجعيّةٍ في الأظهرِ)؛ لأنّها في حكمِ الزوجات نعم، مَنْ عاشَرَها وانقضت عِدَّتُها لا يصحُّ خُلْعُه إيّاها كما بحثه الزّركشيُّ مع وُقوعِ الطّلاقِ عليها؛ لأنّ وُقوعَه بعدَ العِدّةِ تَغْليظٌ عليه فلا عِصْمةَ يملكُها حتى يأخُذَ في مُقابَلَتها مالاً كما في قولِه (بائِنٍ) بخُلْعٍ أو غيرِه إذْ لا يملكُ بُضْعَها وسيُعْلَمُ مِمّا يأتي أنّه بعدَ نحوِ وطْءٍ في رِدّةٍ أو إسلامِ أحدِ نحوِ وثَنِيَّين موقوفٌ.

(ويصحُّ عِوَضُه قليلاً وكثيرًا دَيْنًا وعَيْنًا ومنفعةً) كالصّداقِ ومن ثَمَّ اشترطَ فيه شُروطَ الثمَنِ فلو خالَعَ الأعمَى على عَيْنٍ لم تَثبُتْ نعم، الخُلْعُ على أنْ تُعَلِّمَه بنفسِها سورةً من القُرآنِ مُمْتَنِعٌ لِما مَرَّ من تعذُّرِه بالفِراقِ وكذا على أنّه بَريءٌ من سُكْناها لِحرمةِ إخراجِها من المسكنِ فلها السُّكْنَى وعليها فيهما مهرُ المثلِ وتُحمَلُ الدراهِمُ في الخُلْعِ المُنَجَّزِ على نَقْدِ البلَدِ وفي المُعلَّقِ على دَراهِمِ الإسلام الخالِصةِ فلا يقعُ بإعطاءِ مغشوشٍ على ما صَحَّحاه ونوزِعا فيه، (ولو خالَعَ بمجهولٍ) كثَوْبٍ من غيرِ تعيينٍ ولا وَصْفٍ أو بمعلومٍ ومجهولٍ أو بما في كفِّها ولا شيءَ فيه وإنْ علم ذلك كما مَرَّ (أو) نحوِ مغصوبٍ أو (خمرٍ) ولو معلومةً وهما مسلمانِ أو غيرِ ذلك من كلِّ فاسِدٍ يُقْصَدُ والخُلْعُ معها (بانَتْ بمهرِ المثلِ)؛ لأنّه عقدٌ على منفعةِ بُضْعٍ فلم يَفْسُدْ بفَسادِ عِوَضِه ورجع إلى مُقابِلِه كالنّكاحِ ومَنْ صرّح بفَسادِه مُرادُه من حيثُ العِوَضُ (وفي قولٍ ببَدَلِ الخمرِ) المعلومةِ نظيرُ ما مَرَّ في الصّداقِ على الضّعيفِ أيضًا هذا حيثُ لا تعليقَ أو عَلَّقَ بإعطاءِ مجهولٍ يُمْكِنُ مع الجهْلِ بخلافِ إنْ أبرَأْتني من صَداقِك ومُتْعَتك مثلاً أو دَينك فأنت طالِقٌ فأبرَأَتْه جاهِلةً به أو بما ضُمَّ إليه فلا تَطْلُقُ؛ لأنّه إنّما عَلَّقَ بإبراءٍ صحيحٍ ولم يوجَدْ كما في إنْ بَرِئْت خلافًا لِمَنْ فرَّقَ بينهما هنا أمّا الفرقُ باقتضاءِ الأولى مُباشَرَتَها للبراءةِ بلَفظها أو مُرادِفِه دون نحوِ النّذْرِ ولا كذلك الثانيةُ فواضِحٌ لا نِزاعَ فيه ومثلُ ذلك ما لو ضَمَّ للبراءةِ إسقاطَها لِحَضانةِ ولَدِها؛ لأنّها لا تسقطُ بالإسقاطِ وجَهْلُه كذلك وقولُهم لا يُشْتَرَطُ علمُ المُبَرَّأ مَحَلَّه فيما لا مُعاوَضَه فيه بوجهٍ كما اعتمده جمعٌ مُحَقِّقون منهم الزّركشيُّ وغَلَّطَ جمعًا أخذوا كلامَ الأصحابِ على إطلاقِه فأخذُ جمعٍ بعدَهم بهذا الإطلاقِ ليس في مَحَلِّه وإن انتصر له بعضُهم وأطالَ فيه فإنْ علماه ولم تَتعلَّقْ به زكاةٌ وأبرَأَتْه رَشيدةً في مجلِسِ التّواجُبِ وسيأتي بَيانُه وقَعَ بائِنًا فإنْ تعلَّقت به زكاةٌ فلا طلاقَ؛ لأنّ المُستَحِقّين مَلَكوا بعضَه فلم يَبْرَأ من كلِّه وتنظيرُ شارِحٍ فيه وجَزْمُ جمعٍ بوُقوعِه بائِنًا بمهرِ المثلِ ليس في مَحَلِّه كما يأتي آخِرَ البابِ وظاهرٌ أنّ العبرةَ بالجهْلِ به حالاً وإنْ أمكنَ العلمُ به بعدَ البراءةِ وليس كقارَضْتُك ولَك سُدُسُ رُبُعِ عُشرِ الرِّبْحِ؛ لأنّه مُنْتَظَرٌ فكفَى علمُه بعدُ والبراءةُ ناجِزةٌ فاشتُرِطَ وجودُ العلمِ عندَها فاندَفع قياسُها على ذلك ومَرَّ في شرحِ قولِه وفي البلَدِ نَقْدٌ غالِبٌ تعيَّنَ مالُه تعلَّقَ بذلك والحاصِلُ أنّ ما هناك إمّا مُعَيَّنٌ أو فيما لا مُعاوَضةَ فيه وهو مسألةُ الكِتابةِ ولو أبرَأَتْه

.................،..........................

ثمّ ادَّعَت الجهْلَ بقدرِه فإنْ زوِّجَتْ صَغيرةً صُدِّقت بيَمينِها أو بالِغةً ودَلَّ الحالُ على جَهْلِها به ككونِها مُجْبَرةً لـم تُستأذَنْ فكذلك وإلا صُدِّقَ بيَمينِه وإطلاقُ الزّبيليِّ تصديقَه في البالِغةِ محمولٌ على ذلك ومَرَّ في الضّمانِ ما له تعلُّقٌ بذلك وفي الأنوارِ لو قال إنْ أبرَأتني من صَداقِك فأنت طالِقٌ وقد أقَرَّتْ به لِثالِثٍ فأبرَأتْه ففي وُقوعِ الطّلاقِ خلافٌ مَبنيٌّ على أنّ التعليقَ بالإبراءِ محضُ تعليقٍ فيَبْرَأُ وتَطْلُقُ رجعيًّا أو خَلَعَ بعِوَضٍ كالتعليقِ بالإعطاءِ والأصحُّ الثاني وعلى هذا فأقيَسُ الوجهَين الوُقوعُ كأنت طالِقٌ إنْ أعطَيْتني هذا المغصوبَ فأعطته ولا يَبْرَأُ الزوجُ وعليها له مهرُ المثلِ ا هـ.

وقولُه فيَبْرَأُ فيه نَظَرٌ؛ لأنّ الفرضَ أنّها أقَرَّتْ به لِثالِثٍ فكيف يَبْرَأُ وقد يُجابُ بأنّه يَبْرَأُ بفرضِ كذِبِها في إقرارِها ويَجْري ذلك فيما لو أحالَتْ به ثمّ طَلَّقَها على البراءةِ منه فأبرَأتْه ثمّ طالَبَه المُحْتالُ وأقامَ بحَوالَتِها له قبلَ الإبراءِ بَيِّنةً فيَغْرَمُه إيّاه ويرجِعُ الزوجُ عليها بمهرِ المثلِ هذا والذي دَلَّ عليه كلامُهم أنّ الإبراءَ حيثُ أُطْلِقَ إنّما ينصَرِفُ لِلصَّحيحِ وحينئذٍ فقياسُ ذلك أنّه لا يقعُ طلاقٌ في الصّورَتَين؛ لأنّه لم يَبْقَ حالَ التعليقِ دَيْنٌ حتى يَبْرَأ منه نعم، إنْ أرادَ التعليقَ على لفظِ البراءةِ وقَعَ رجعيًّا وفارَقَ المغصوبَ بأنّ الإعطاءَ قَيَّدَ به والطّلاقُ على ما في كفِّها مع علمِه أنّه لا شيءَ فيه بأنّه ذكرَ عِوَضًا غايَتُه أنّه فاسِدٌ فرجع لِبَدَلِ البُضْعِ بخلافِ الإبراءِ المُعَلَّقِ لا ينصَرِفُ إلا لِموجودٍ يصِحُّ الإبراءُ منه ومَرَّ أنّه لو عَلَّقَ بإبراءِ سفيهةٍ فأبرَأتْه لم يقعْ وإنْ علم سفَهَها فقياسُه هنا عدمُ الوُقوعِ وإنْ علم إقرارَها أو حَوالَتَها وقد اختلف جمعٌ مُتأخِّرون فيما لو أصدَقَ ثمانين فقبضتْ منها أربَعين ثمّ قال لها إنْ أبرَأتني من مهرِكِ الذي تَستَحِقّينَه في ذِمَّتي وهو ثمانون فأنت طالِقٌ فأبرَأتْه منها فقيلَ يَبْرَأُ وتَبينُ؛ لأنّ المقصودَ براءةُ ذِمَّته منها وقيلَ لا براءةَ ولا طلاقَ؛ لأنّه مُعَلَّقٌ على صِفة هي البراءةُ من ثمانين ولم توجَدْ والبراءةُ إنّما وقَعَتْ منها في مُقابَلةِ الطّلاقِ ولم يوجَدْ وقيلَ لا طلاقَ بذلك وتَصِحُّ البراءةُ؛ لأنّها لم تُعَلِّقْها بشرطٍ وأفتى الشيخُ إسماعيلُ الحضْرَميُّ بالأوّلِ وهو الأوجَه إنْ علم الحالَ وإنْ نوزِعَ فيه؛ لأنّ قوله الذي تَستَحِقّينَه بذِمَّتي مع علمِه بأنّه لم يَبْقَ في ذِمَّته إلا أربَعون يَبينُ أنّ مُرادَه بقولِه وهو ثمانون باعتبارِ أصلِه لا غيرُ ولا يُنافيه خلافًا لِمَنْ زعمَه قولُهم لو أضافَ في حَلِفِه لفظَ العقدِ إلى نحوِ خمرٍ كلا أبيعُها لم يحنَث ببيعِها حملاً للمُطْلَقِ على عُرْفِ الشرعِ؛ لأنّ ما هنا كذلك؛ لأنّا حَمَلْنا البراءةَ على عُرْفِ الشرعِ وهو فراغُ ذِمَّته عَمّا لها وأوّلْنا ما يوهِمُ خلافَ ذلك ويُفَرَّقُ بينه وبين إنْ أعطَيْتني ذا الثوْبَ وهو هَرَويٌّ فأعطته مَرْويًّا لم يقعْ بأنّ هذا لم يقترِنْ به ما يُخرِجُه عن ظاهرِه بخلافِ ذاك اقترَنَ به ذلك وهو الذي إلى آخِرِه كما تقرّر وأفتى بعضُهم في إنْ أبرَأتني هي وأبوها فأبرَآه مَعًا أو مُرَتَّبًا بعدمِ وُقوعِه ويوَجَّه بأنّ التعليقَ بإبراءِ الأبِ كهو بإبراءِ السّفيهةِ ولو قال إنْ أبرَأتني من مهرِك فأنت طالِقٌ بعدَ شهرٍ فأبرَأتْه بَرِئَ مُطْلَقًا ثمّ إنْ عاشَ إلى مُضيِّ الشّهْرِ طَلَقت وإلا فلا كما سيُعْلَمُ من مَبْحَثِ التعليقِ بالأوقات ولو قال أنت طالِقٌ إنْ أبرَأتني وإنْ لم تُبْرِئيني فالذي يُتَّجَه وُقوعُه حالاً

....

وُجِدَتْ براءةٌ أو لا ما لم يقصِد التعليقَ فيُرَتَّبُ عليه حكمَه ووقع لِبعضِهم خلافُ ذلك وليس كما زعم وفي الأنوارِ في أبرَأْتُك من مهري بشرطِ أنْ تُطَلِّقَني فطَلَّقَ وقَعَ ولا يَبْرَأُ لَكِنّ الذي في الكافي وأقرَّه البُلْقينيُّ وغيرُه في أبرَأْتُك من صَداقي بشرطِ الطّلاقِ أو وعليك الطّلاقُ أو على أنْ تُطَلِّقَني تَبينُ ويَبْرَأُ بخلافِ إنْ طَلَّقْت ضَرَّتي فأنتَ بَريءٌ من صَداقي فطَلَّقَ الضَرّةَ وقَعَ الطّلاقُ ولا براءةَ ا هـ.

ففَرَّقَ بين الشرطِ التعليقيِّ والشرطِ الإلزاميِّ والذي يُتَّجه ما في الأنوارِ؛ لأنّ الشرطَ المذكورَ مُتَضَمِّنٌ لِلتعليقِ أيضًا فلْتأت فيه الآراءُ المشهورةُ في إنْ طَلَّقْتني فأنتَ بَريءٌ من مهري فطَلَّقَ يقعُ رجعيًّا قال الإسنَويُّ وهو المشهورُ في المذهبِ يقعُ بائِنًا بمهرِ المثلِ ونَقَلاه عن القاضي واعتمده جمعٌ مُحقِّقون يقعُ بائِنًا بالبراءةِ كطَلِّقْني بالبراءةِ من مهري وهو ضعيفٌ جِدًّا والفرقُ بينه وبين ما نُظِرَ به واضِحٌ؛ لأنّ هذا مُعاوَضةٌ وذاك محضُ تعليقٍ واعتمادُ الزّركشيّ الأوّلَ مع علمِه بفَسادِ البراءةِ والثاني مع جَهْلِه جارٍ على الضّعيفِ فيما لو طَلَّقَها على ما في كفِّها ولا شيءَ فيه والمعتمدُ أنّه لا فرقَ والذي يُتَّجه ترجيحُه من حيثُ المدْرَكُ الأوّلِ مُطْلَقًا؛ لأنّ تعليقَ البراءةِ يُبْطِلُها وهو لم يُعَلِّقْ على شيءٍ وإيقاعُه في مُقابَلةِ ما ظَنّه من البراءةِ لا يُفيدُه لِتقصيرِه بعدمِ التعليقِ عليه لفظًا بخلافِ المُطْلَقِ على ما في الكفِّ وأفتى بعضُهم في أنت طالِقٌ على صحّةِ البراءةِ بأنّها إذا أبرَأَتْه براءةً صحيحةً فوْرًا بانَتْ لِتَضَمُّنِه التعليقَ والمُعاوَضةَ كإنْ أبرَأْتني وقد سُئِلَ الصّلاحُ العلائيُّ عن أنت طالِقٌ على البراءةِ فأفتى بأنّه بائِنٌ أي إنْ وُجِدَتْ براءةٌ صحيحةٌ وقال إنّه وإنْ لم يَرَه مسطورًا لَكِنّ القواعِدَ تَشْهَدُ له ا هـ.

وزيادةُ لفظِ صحّةٍ لا تقتَضي التّغايُرَ في الحكم فإنْ قُلْت التحقيقُ المعتمدُ في طلاقِك بصحّةِ براءتك أنّه لا تعليقَ فيه فإذا صَحّتْ وقَعَ رجعيًّا؛ لأنّ الباءَ وإن احتَمَلَت السّبَبيّةَ أو غلبتْ فيها وهي مُتَضَمِّنةٌ لِلتعليقِ هي مع ذلك مُحْتَمِلةٌ للمَعيّةِ فنَظَروا لهذا مع ضَعْفِه لِتأيُّدِه بأصلِ بَقاءِ العِصْمةِ المُنافيةِ للبَيْنونةِ وكذلك على تحتَمِلُ المعيّةَ لإتيانِها بمعناها نحوُ على حُبِّه ﴿لَذُو مَغْفِرَةٍ لِّلنَّاسِ عَلَىٰ ظُلْمِهِمْ﴾ [الرعد :٦] فكان ينبغي النّظَرُ فيها لِذلك حتى يقعَ رجعيًّا قُلْت قد يُفَرَّقُ على بُعْدٍ بأنّ تَبادُرَ المعيّةِ من الباءِ أظهرُ منه من على ويَدُلُّ له أنّ بعضَ المُحَقِّقين المُلْتَزِمين لِحكايةِ جميعِ الأقوالِ لم يحكِ خلافًا في كونِ الباءِ بمعنى مع بخلافِ على بمعنى مع فإنْ حَكى فيها خلافًا بل أشارَ إلى أنّه خلافُ ما عليه الجمهورُ والحاصِلُ أنّ الأوجَهَ وُقوعُه رجعيًّا كما قدَّمْته أمّا خُلْعُ الكُفّارِ بنحوِ خمرٍ فيصحُّ نَظَرًا لاعتقادِهم فإنْ أسلَما قبلَ قبضِ كلِّه وجَبَ مهرُ المثلِ أو قسَّطَه نظيرُ ما مَرَّ في نِكاحِ المُشْرِكِ وأمّا الخُلْعُ مع غيرِها كأبٍ أو أجنبيٍّ على ما ذُكِرَ أو قِنِّها أو صَداقِها ولم يُصَرِّحْ بنيابةٍ ولا استقلالٍ فيقعُ رجعيًّا ومَرَّ صحّتُه بمَيْتةٍ لا دَمَ فيقعُ رجعيًّا ككلِّ عِوَضٍ لا يُقْصَدُ والفرقُ أنّها تُقْصَدُ لأغراضٍ لها وقَعَ عُرْفًا كإطعامِ الجوارِحِ ولا كذلك هو فاندَفع ما قيلَ إنّه يُقْصَدُ لِمَنافِعَ كثيرةٍ كما ذكرَه الأطِبّاءُ؛ لأنّها كلَّها تافِهةٌ عُرْفًا فلم ينظُروا لها وكذا الحشَراتُ مع أنّ لها خَواصَّ كثيرةً ولو خالَعَ بمعلومٍ ومجهولٍ

وَلهما التَّوْكيلُ، فلو قال لِوَكيلِه خالِعْها بمِائةٍ لم يَنْقُصْ منها، وإنْ أطْلَقَ لم يَنْقُصْ عن مَهْرِ مِثْلٍ، فإنْ نَقَصَ فيهما لم تَطْلُقْ، وفي قولٍ يَقَعُ بمَهْرِ مِثْلٍ، ولو قالتْ لِوَكيلِها اخْتَلِعْ بألْفٍ فامتَثَلَ نَفَذَ، وإنْ زادَ فقال اخْتَلَعْتُها بألْفَيْنِ من مالِها بوَكالَتِها بانَتْ، ويَلْزَمُها مَهْرُ مِثْلٍ، وفي قولِ الأكْثَرُ منه ومِمّا سَمَّتْه، وإنْ أضافَ الوكيلُ الخُلْعَ إلى نفسِه فَخُلْعُ أجْنَبيٍّ والمالُ عليه.

وإنْ أطْلَقَ فالأظْهَرُ أنّ عليها ما سَمَّتْ ....

فسَدَ ووَجَبَ مهرُ المثلِ كما مَرَّ أو بصحيحٍ وفاسِدٍ معلومٍ صَحَّ في الصّحيحِ ووَجَبَ في الفاسِدِ ما يُقابِلُه من مهرِ المثلِ.

(ولَهما التوكيلُ) في الخُلعِ كما قدَّمَه في بابه لَكِنّه ذكرَه توطِئةً لِقولِه (فلو قال لِوَكيلِه خالِعْها بمِائةٍ) من نَقْدِ كذا (لم ينقُص منها) وله الزّيادةُ عليها ولو من غيرِ جنسِها لِوُقوعِ الشِّقاقِ هنا فلا مُحاباةَ وبه فارَقَ بعْ هذا من زَيْدٍ بمِائةٍ كما مَرَّ.

(وإنْ أطلقَ) كخالِعْها بمالٍ وكذا خالِعْها بناءً على أنّ ذِكْرَ الخُلعِ وحدَه يقتضي المالَ (لم ينقُص عن مهرِ مثلٍ) وله أنْ يَزيدَ، (فإنْ نَقَصَ فيهما) أي في الأولى أيَّ نَقْصٍ كان وفارَقت الثانيةُ بأنّ المُقَدَّرَ يخرُجُ عنه بأيِّ نَقْصٍ بخلافِ المحمولِ عليه الإطلاقُ ويُؤَيِّدُه بل يُصَرِّحُ به ما مَرَّ في الوكالةِ أنّه في بعْه بمِائةٍ لا ينقُصُ عنها ولو تافِهًا بخلافِ بعْه لا ينقُصُ عن ثمنِ المثلِ ما لا يُتَغابَنُ بمثلِه أو خالِعْ بمُؤَجَّلٍ أو بغيرِ الجنسِ أو الصِّفة وفي الثانيةِ نَقْصٌ فاحِشٌ أو خالِعْ بمُؤَجَّلٍ أو بغيرِ نَقْدِ البلَدِ (لم تَطلُقْ) للمُخالَفَة كالبيعِ (وفي قولٍ يقعُ بمهرِ المثلِ) كالخُلعِ بخمرٍ وهو المعتمدُ في حالةِ الإطلاقِ كما صَحَّحَه في أصلِ الروضةِ وتَبِعوه وفارَقت التقديرَ بأنّ المُخالَفَة فيه صريحةٌ فلم يكن المأتيُّ به مأذونًا فيه، (ولو قالتْ لِوَكيلِها اختَلِعْ بألفٍ فامتثَلَ) أو نَقَصَ عنها (نَفَذَ) لِموافَقَته الإذْنَ، (وإنْ زاد) أو ذكرَ غيرَ الجنسِ أو الصِّفة كغيرِ نَقْدِ البلَدِ.

(فقال اختَلَعْتُها بألفَين من مالِها بوَكالَتِها) أو أطلقت فزاد على مهرِ المثلِ وأضافَ إليها هنا أيضًا (بانَتْ ويلزمُها مهرُ المثلِ) ولا شيءَ عليه على المعتمدِ؛ لأنّه قضيّةُ فسادِ العِوَضِ بزيادَته فيه مع إضافَته إليها ويُفَرَّقُ بين هذا وما مَرَّ أنّ نَقْصَ وكيلِه عن مُقَدَّرِه يُلْغيه بأنّ البُضْعَ مُقَوَّمٌ عليه ولم يسمح به إلا بمُقَدَّرِه بخلافِها فإنّ قصدَها التّخَلُّصُ لا غيرَ وهو حاصِلٌ بإلغاءِ مُسَمّاه ووجوبِ مهرِ المثلِ (وفي قولٍ) يلزمُها (الأكثرُ منه) أي مهرِ المثلِ (ومِمّا سمَّته)؛ لأنّ الأكثرَ إنْ كان المهرُ فهو الواجبُ عندَ فسادِ المُسَمّى أو المُسَمّى فقد رَضيَتْ به وفي الروضةِ وغيرِها حِكايةُ هذا القولِ على غيرِ هذا الوجه وصوَّبَتْ. (وإنْ أضافَ الوكيلُ الخُلعَ إلى نفسِه) بأنْ قال من مالي (فخَلَعَ أجنبيٍّ) وسيأتي صحّتُه (والمالُ) كلُّه (عليه) دونَها؛ لأنّ إضافَتَه لِنفسِه إعراضٌ عن التوكيلِ واستبدادٌ بالخُلعِ مع الزوجِ، (وإنْ أطلقَ) بأنْ لم يُضِفْه لِنفسِه ولا إليها وقد نَواها فقال اختَلَعْتُ فُلانةَ بألفَين (فالأظهرُ أنّ عليها ما سمَّته)؛

وعليه الزِّيادةُ. وَيَجوزُ تَوْكيلُه ذِمّيًا. وَعبدًا ومَحْجورًا عليه بسَفَهٍ، ولا يَجوزُ تَوْكيلُ مَحْجورٍ عليه في قَبْضِ العِوَضِ.

لأنّها التزَمته (وعليه الزّيادةُ) لأنّها لم ترضَ بها فكأنّه افْتَداها بما سمَّتْه وزيادةٍ من عندِه وهذا باعتبارِ استقرارِ الضّمانِ وإلا فقد عُلِمَ مِمّا قدَّمَه في الوكالةِ أنّ لِلزوجِ مُطالَبةَ الوكيلِ بالكلِّ فإذا غَرِمَه رجع عليها بقدرِ ما سمَّتْه. والحاصِلُ أنّه فيما إذا امتثَلَ مُقَدَّرَها أو نَقَصَ منه إنْ صرّح بالوكالةِ عنها وإلا طولِبَ أيضًا نعم، يرجعُ عليها بعدَ غُرْمِهِ ما لم ينوِ التَبَرُّعَ فإنْ لم يَمْتَثِلْ في المالِ بأنْ زاد على مُقَدَّرِها أو ذكَرَ غيرَ جنسِه وقال من مالِها بوَكالَتها بانَتْ بمهرِ المثلِ ولا يُطالَبُ به إلا إنْ ضَمِنَ فبِمُسَمّاه ولو أزْيَدَ من مهرِ المثلِ وإنْ تَرَتَّبَ ضمانُه على إضافة فاسِدةٍ؛ لأنّ الخُلْعَ لَمّا استقَلَّ به الأجنَبيُّ أثَّرَ فيه الضّمانُ بمعنى الالتزامِ وإنْ تَرَتَّبَ على ذلك بخلافِ ضمانِ نحوِ الثّمَنِ ولها هنا الرُّجوعُ عليه بما زاد على مُسَمّاها إنْ غَرِمته؛ لأنّ الزّيادةَ تَوَلَّدَتْ من ضمانِه أو قال من مالي ولم ينوِها فخَلَعَ أجنَبيٌّ فيلزمُه المُسَمَّى جميعُه ولا يرجعُ عليها بشيءٍ وإنْ نَواها طولِبَ بمُسَمّاه ولو أزْيَدَ من مُسَمّاها وهي بما سمَّتْه كما لو أضافَ لها مُسَمّاها وله الزّائِدُ عليه فإنْ غَرِمَ الكلَّ رجع عليها بمُسَمّاها وفيما إذا أطلقت التوكيلَ ليس عليها إلا مهرُ المثلِ فإنْ سمَّى أزْيَدَ لَزِمَه الزّائِدُ فإنْ غَرِمَ الكلَّ رجع بمهرِ المثلِ وقد يُشْكِلُ على. ما تقرّر من التّفْصيلِ في مُطالَبةِ الوكيلِ هنا ما مَرَّ في الوكالةِ من مَطالِبِ وكيلِ الشّراءِ في الذِّمّةِ مُطْلَقًا إلا أنْ يُفَرَّقَ بأنّ أصلَ الشّراءِ يُمْكِنُ وُقوعُه له بخلافِه هنا.

(ويَجوزُ) أي يَحِلُّ ويصحُّ (توكيلُه) أي الزوجِ في الخُلْعِ (ذِمّيًا) وحربيًّا وإنْ كانت الزوجةُ مسلمةً؛ لأنّه قد يُخالِعُ المسلمةَ فيما لو أسلَمت أو تَخَلَّفَ ثمّ أسلَمَ فإنّه يُحكَمُ بصحّةِ الخُلْعِ (وعبدًا ومحجورًا عليه بسَفَهٍ) وإنْ لم يأذَنِ السّيِّدُ والوليُّ إذْ لا عُهْدةَ تَتعلَّقُ بوَكيلِه بخلافِ وكيلِها على ما مَرَّ فيه (ولا يَجوزُ) أي لا يصحُّ (توكيلُ محجورٍ عليه) بسَفَهٍ ومثلُه العبدُ هنا أيضًا (في قبضِ العِوَضِ) العيْنَ والدَّيْنَ؛ لأنّه ليس أهلًا له فإنْ فعلَ وقبض بَرِئَ المُخالِعُ بالدفعِ له وكان الزوجُ هو المُضَيِّعُ لِمالِه بإذْنِه في الدفعِ إليه فإنْ قُلْت ما في الذِّمّةِ لا يَتعيَّنُ إلا بقبضٍ صحيحٍ وقد عَلِمْت أنّ قبضَ السّفيه باطِلٌ فكيف بَرِئَ منه المُخالِعُ قُلْت الكلامُ في مَقامَين صحّةُ قبضِه والصّوابُ عدمُ صحّته وبراءةُ ذِمّتها والقياسُ براءتُها؛ لأنّ تلك العِلّةَ موجودةٌ في قبضِه منها بإذْنِ وليِّه ومع ذلك قالوا تبرأُ فكذا هنا ثمّ رأيت شيخَنا قال الإطلاقُ هو ما اقتضاه كلامُ ابنِ الرِّفعةِ وغيرِه وهو الأقرَبُ إلى المنقولِ إذا أذِنَ الزوجُ لِلسَّفيه مثلًا كإذْنِ وليِّه له ووَليُّه لو أذِنَ له في قبضِ دَيْنٍ له فقبضه اعْتُدَّ به كما نَقَله الأصلُ عن ترجيحِ الحنّاطيِّ انتهَتْ ويَجوزُ أيضًا توكيلُها كافِرًا وعبدًا وفيما إذا أطلقَ ولم يأذَنِ السّيِّدُ في الوكالةِ لِلزوجِ مُطالَبَتُه بالمالِ بعدَ العتقِ ثمّ بعدَ غُرْمِهِ يرجعُ عليها إنْ قصَدَ الرُّجوعَ وكان الفرقُ بين هذا.

وما مَرَّ في توكيلِ الحُرِّ الصّريحِ في عدمِ اشتراطِ قصْدِه لِلرُّجوعِ وإنّما الشرطُ عدمُ قصْدِ التّبرُّعِ أنّ المالَ هنا لِما لم يتأهَّلْ مُستَحِقُّه لِلمُطالَبةِ به ابتداءً وإنّما تَطْرَأُ مُطالَبَتُه به بعدَ العتقِ المجهولِ وُقوعُه

والأَصَحُّ صِحَّةُ تَوْكِيلِه امرأةً بخُلْعِ زَوْجَتِه أو طَلاقِها. ولو وكَّلا رَجُلاً تَوَلَّى طَرَفًا، وقيلَ الطَّرَفَيْنِ.

فَصْلٌ

الفُرْقَةُ بلَفْظِ الخُلْعِ طَلاقٌ، وفي قولٍ فَسْخٌ لا يُنْقِصُ عَدَدًا، ....

فضلاً عن زَمَنِه لو وقَعَ كان أداؤُه مُحْتَمَلاً لِكونِه عَمّا التزَمَه ولِكونِه تَبَرُّعًا عليها ولا قرينةَ تُعَيِّنُ أحدَ هذينِ مع كونِ الأصلِ براءةَ ذِمَّتِها بما دَفعه فاشتُرِطَ لِصارِفٍ له عن التَّبَرُّعِ وهو قصْدُ الرُّجوعِ بخلافِ الحُرِّ فإنّ التعليقَ به عَقِبَ الوكالةِ قرينةٌ ظاهرةٌ على أنّ أداءَه إنّما هو من جهتِها فلم يُشْتَرَطْ لِرُجوعِه قصْدٌ وبهذا يندَفِعُ تنظيرُ بعضِهم في اشتراطِ قصْدِ الرُّجوعِ هنا ويُعْلَمُ ما في كلامِ شرحِ الروضِ هنا فتأمَّلْه ومع إذْنِ السَّيِّدِ فيها يَتعلَّقُ بكسبه ومالِ تجارَته ويرجعُ السَّيِّدُ عليها هنا بما غَرِمَ وإنْ لم يقصِدْ رُجوعًا لِوجودِ القرينةِ الصّارِفة عن التَّبَرُّعِ هنا أيضًا لِجوازِ مُطالَبَةِ القِنِّ عَقِبَ الخُلْعِ لا سفيهًا وإنْ أذِنَ الوليُّ فلو فعلَ وقَعَ رجعيًّا إنْ أطلقَ أو أضافَه إليه فإنْ أضافَ المالَ إليها بانَتْ ولَزِمَها المالُ وإنّما صَحَّ هنا؛ لأنّه لا ضَرَرَ فيه على السَّفيه كذا ذكروه وهو صريحٌ في أنّه لا يُطالَبُ فما قيلَ: «إنّه يُطالَبُ ويرجِعُ به عليها بعدَ غُرْمِه» وهْمٌ، (والأصحُ صحّةُ توكيلِه امرأةً لِخُلْعِ) وفي نُسَخٍ بخُلْعِ فاللّامُ بمعنى الباءِ (زوجَته أو طلاقِها)؛ لأنّه يَجوزُ أنْ يُفَوِّضَ طلاقَ زوجَته إليها وتوكيلُ امرَأةٍ تختَلِعُ عنها صحيحٌ قطعًا ومَرَّ أنّه لو أسلَمَ على أكثرَ من أربَعٍ لم يصحَّ توكيلُه امرَأةً في طلاقِ بعضِهِنّ، (ولو وكَّلا) أي الزوجانِ مَعًا (رجلًا) في الخُلْعِ وقَبولِه (تَوَلّى طَرَفًا) أرادَه منهما مع الآخرِ أو وكيلُه كسائرِ العُقودِ (وقيلَ) يتوَلّى (الطَّرَفين)؛ لأنّ الخُلْعَ يكفي فيه اللّفظُ من جانِبٍ كما لو عَلَّقَ بالإعطاءِ فأعطتْه.

فصل في الصّيغةِ وما يَتعلَّقُ بها

(الفُرْقة بلفظِ الخُلْعِ) إنْ قُلْنا: إنّه صريحٌ، أو كِنايةٌ ونَواه به (طلاقٌ) يُنْقِصُ العددَ؛ لأنّ اللّهَ - سُبْحانَه وتعالى في قولِه تعالى ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] الآيةَ ذكرَ حكمَ الافْتداءِ المُرادِفَ له الخُلْعُ بعدَ الطَّلْقَتَين ثمّ ذكرَ ما يترَتَّبُ على الطَّلْقة الثالثةِ من غيرِ ذِكْرِ وُقوعِ ثالِثةٍ فدَلَّ على أنّ الثالثةَ هي الافْتداءُ كذا قالوه، ويَرُدُّه الحديثُ الصّحيحُ الآتي في ثالِثِ فصلٍ في الطّلاقِ أنّه ﷺ سُئِلَ عن الثالثةِ فقال: «﴿أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]» وحينئذٍ فيندَفِعُ جميعُ ما تقرّر.

(وفي قولٍ) نصَّ عليه في القديمِ والجديدِ الفُرْقة بلفظِ الخُلْعِ، أو المُفاداةِ إذا لم يقصِدْ به طلاقًا (فسخٌ لا يُنْقِصُ) بالتّخْفيفِ في الأفْصَحِ (عددًا) فيَجوزُ تجديدُ النّكاحِ بعد تكرُّرِه من غيرِ حَصْرٍ، واختارَه كثيرون من أصحابِنا المُتَقَدِّمين والمُتأخِّرين بل تَكرَّرَ من البُلْقينيِّ الإفتاءُ به، واستَدَلّوا له بالآيةِ نفسِها؛ إذْ لو كان الافْتداءُ طلاقًا لَما قال فإنْ طَلَّقَها، وإلا كان الطّلاقُ أربَعًا أمّا الفُرْقة بلفظِ الطّلاقِ بعِوَضٍ فطلاقٌ يُنْقِصُ العددَ قطعًا كما لو قصَدَ بلفظِ الخُلْعِ الطّلاقَ لكن نَقَلَ الإمامُ عن

فَعلى الأوَّلِ لَفظُ الفسخِ كِنايةٌ. والمُفاداةُ كَخُلْعٍ في الأصَحِّ، ولَفْظُ الخُلْعِ صَريحٌ، وفي قولٍ كِنايةٌ، فَعلى الأوَّلِ لو جَرَى بغيرِ ذِكْرِ مالٍ وجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ في الأصَحِّ. وَيَصِحُّ بِكِناياتِ الطّلاقِ مع النّيّةِ ....

المُحقِّقين القطعَ بأنّه لا يَصيرُ طلاقًا بالنّيّةِ كما لو قصَدَ بالظِّهارِ الطّلاقَ.

(تنبيهٌ) إنْ قُلْت: لِمَ كان الفسخُ لا يُنقِصُ العددَ والطّلاقُ يُنقِصُه، وما الفرقُ بينهما من جِهةِ المعنى قُلْت: يُفَرَّقُ بأنّ أصلَ مَشروعيّةِ الفسخِ إزالةُ الضّرَرِ لا غيرُ، وهي تَحْصُلُ بمُجَرَّدِ قطعِ دَوامِ العِصْمةِ فاقتصَروا به على ذلك؛ إذْ لا دَخْلَ للعددِ فيه، وأمّا الطّلاقُ فالشّارعُ وضَعَ له عددًا مخصوصًا لِكونِه يقعُ بالاختيارِ لِموجِبٍ وعدمِه ففَوَّضَ لإرادةِ الموقِعِ من استيفاءِ عددِه وعدمِه (فعلى الأوّلِ) الأصحُّ (لفظُ الفسخِ كِنايةٌ) في الطّلاقِ أي الفُرْقة بعِوَضٍ المُعَبَّرِ عنها بلفظِ الخُلْعِ فيحتاجُ لِنيّةٍ؛ لأنّه لم يَرِدْ في القُرآنِ (والمُفاداةُ) أي وما اشتُقَّ منها (كخُلْعٍ) على القولينِ السّابِقَين، وكذا الآتيانِ فيه (في الأصحِّ) لِوُرودِها في الآيةِ السّابِقة (ولفظُ الخُلْعِ) وما اشتُقَّ منه (صريحٌ) في الطّلاقِ؛ لأنّه تكرَّرَ على لِسانِ حَمَلةِ الشرعِ لإرادةِ الفِراقِ فكان كالمُتكرِّرِ في القُرآنِ (وفي قولٍ كِنايةٌ) يحتاجُ لِلنّيّةِ؛ لأنّ صَرائحَ الطّلاقِ ثلاثةُ ألفاظٍ تأتي لا غيرُ، وأطالَ كثيرون في الانتصارِ له نَقْلًا ودليلًا.

(فعلى الأوّلِ) الأصحِّ (لو جَرى) وما اشتُقَّ من لفظِ الخُلْعِ، أو المُفاداةِ معها (بغيرِ ذِكْرِ مالٍ وجَبَ مهرُ مثلٍ في الأصحِّ) لاطّرادِ العُرْفِ بجَرَيانِه بمالٍ فرجع عندَ الإطلاقِ لِمهرِ المثلِ؛ لأنّه المُرادُ كالخُلْعِ بمجهولٍ، وقضيّتُه وُقوعُ الطّلاقِ جَزْمًا، وإنّما الخلافُ هل يجبُ عِوَضٌ، أو لا ؟ وانتصر له جمعٌ مُحقِّقون، وقالوا: إنّه طَريقة الأكثرين، والذي في الروضةِ أنّه عندَ عدمِ ذِكْرِ المالِ كِنايةٌ، وجَمع جمعٌ بحملِ المتنِ أي من حيثُ الحكمُ لا الخلافُ كما هو ظاهرٌ للمُتأمِّلِ على ما إذا نَوى به التماسَ قبولِها فقَبِلَتْ فيكونُ حينئذٍ صريحًا لِما يأتي أنّ نيّةَ العِوَضِ مُؤثِّرةٌ هنا فكذا نيّةُ التماسِ قبولِ ما دَلَّ عليه، وهو لفظُ الخُلْعِ ونحوِه مع قبولِها والروضةُ على ما إذا نَفى العِوَضَ ونَوى الطّلاقَ فيقعُ رجعيًّا، وإنْ قبِلَتْ ونَوَى التماسَ قبولِها، وكذا لو أطلَقَ لفظَ خالَعْتكِ بنيّةِ الطّلاقِ دون التماسِ قبولِها، وإنْ قبِلَتْ فعُلِمَ أنّ مَحِلَّ صَراحته بغيرِ ذِكْرِ مالٍ إذا قبِلَتْ ونَوى التماسَ قبولِها، وأنّ مُجَرَّدَ لفظِ الخُلْعِ لا يوجِبُ عِوَضًا جَزْمًا، وإنْ نَوى به طلاقًا، وخَرَجَ بـ(مَعَها) ما لو جَرى مع أجنَبيٍّ فإنّها تَطْلُقُ مَجّانًا كما لو جَرى معه بنحوِ خمرٍ فإنْ قُلْت: ظاهرُ هذا أنّه لا يحتاجُ هنا إلى نيّةِ الطّلاقِ به، وحينئذٍ فيُشْكِلُ بما مَرَّ أنّه كِنايةٌ؛ إذْ لا فرقَ في ذلك بينها وبين الأجنَبيِّ قُلْت يُمْكِنُ الفرقُ؛ لأنّه معها مَحَلُّ الطّمَعِ في المالِ فعدَمُ ذِكْرِه قرينةٌ تُقَرِّبُ إلغاءَه من أصلِه ما لم يَصْرِفْه عن ذلك بالنّيّةِ، وأمّا معه فلا طَمع فلَم تَقُم قرينةٌ على صَرْفِه عن أصلِه من إفادَته الطّلاقَ، ويُؤَيِّدُ ذلك جَعْلُهم له بنحوِ خمرٍ مقتضيًا لِمهرِ المثلِ معها لا معه، وظاهرٌ أنّ وكيلها مثلُها. (ويصحُّ) الخُلْعُ بصَرائِحِ الطّلاقِ مُطْلَقًا كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ، و (بكِناياتِ الطّلاقِ مع النّيّةِ) بناءً على أنّه طلاقٌ، وكذا على أنّه فسخٌ إنْ نَويا

وبالعجَميّةِ، ولو قال بعْتُك نفسَك بكَذا فقالت اشْتَرَيْت فَكِنايةُ خُلعٍ، وإذا بَدأ بصيغةِ مُعاوَضةٍ كَطَلَّقْتُكِ أو خالَعْتُكِ بكَذا، وقُلْنا: الخُلعُ طَلاقٌ فَهو مُعاوَضةٌ فيها شَوْبُ تَعْليقٍ، وله الرُّجوعُ قبلَ قَبولِها وَيُشْتَرَطُ قَبولُها بلَفْظٍ غيرِ مُنْفَصِلٍ. فَلَو اخْتَلَفَ إيجابٌ وقَبولٌ كَطَلَّقْتُكِ بألْفٍ فَقبِلَتْ بألْفَيْنِ وعَكْسُه أو طَلَّقْتُك ثَلاثًا بألْفٍ فَقبِلَتْ واحِدةً بثُلُثِ ألْفٍ فَلَغْوٌ، ولو قال طَلَّقْتُك ثَلاثًا بألْفٍ فَقبِلَتْ واحِدةً بألْفٍ، فالأصَحُّ وُقوعُ الثّلاثِ ووُجوبُ ألْفٍ.

(وبالعجميّةِ) قطعًا لانتفاءِ اللّفظِ المُتعبَّدِ به (ولو قال بعتُك نفسَك بكذا فقالت اشتريت)، أو قبِلْت مثلاً (فكِنايةُ خُلعٍ)، وهو الفُرْقة بعِوَضٍ بناءً على الطّلاقِ والفسخِ، وليس هذا من قاعِدةِ ما كان صريحًا في بابه؛ لأنّ هذا لم يَجِدْ نَفاذًا في موضوعِه فاستثناؤُه منها غيرُ صحيحٍ (وإذا بَدَأ) الزوجُ (بصيغةِ مُعاوَضةٍ كطَلَّقْتُك، أو خالَعْتكِ بكذا، وقُلْنا: الخُلعُ طلاقٌ) وهو الأصحُّ (فهو مُعاوَضةٌ) لأخذِه عِوَضًا في مُقابَلةِ البُضعِ المُستَحَقِّ له (فيها شَوْبُ تعليقٍ) لِتَرَتُّبِ وُقوعِ الطّلاقِ على قبولِ المالِ كتَرَتُّبِ الطّلاقِ المُعَلَّقِ بشرطٍ عليه أمّا إذا قُلْنا فسخٌ فهو مُعاوَضةٌ محضةٌ كالبيعِ (وله)، وفي نُسخةٍ فله، وكلٌّ له وجهٌ (الرُّجوعُ قبلَ قبولِها)؛ لأنّ هذا شأنُ المُعاوَضات (ويُشتَرَطُ قبولُها بلفظٍ) كقَبِلْت، أو اختَلَعْتُ، أو ضَمنت، أو بفعلٍ كإعطائِه الألفَ على ما قاله جمعٌ مُتَقَدِّمون، أو بإشارةِ خَرْساءَ مُفْهِمةٍ، وقضيّةُ هذا أنّه في إنْ أرضَعْت ولَدي سنةً فأنت طالِقٌ يكفي قبولُها باللّفظِ، أو بالفعلِ فإنْ كان بالأوّلِ وقَعَ حالاً، أو بالثاني فبعدَ رَضاعِ السّنةِ.

وعلى الأوّلِ يُحْمَلُ ما في فتاوَى القاضي من وُقوعِه بنفسِ الالتزامِ، وعلى الثاني يُحْمَلُ ما في فتاوَى بعضِهم من اشتراطِ مُضيِّ السّنةِ، وفَصَّلَ بعضُهم فقال: إنْ لم تَلْزَمْه أُجرةُ رَضاعِ ولَدِه لِفَقْرِه فهو محضُ تعليقٍ بصِفة فيقعُ بعدَ السّنةِ رجعيًّا، وإنْ لَزِمته فهو خُلْعٌ فيه شائِبةُ تعليقٍ فيقَعُ بعدَ السّنةِ بائِنًا، ويُفَرَّقُ بين هذا، وإنْ دَخَلْت الدّارَ فأنت طالِقٌ بألفٍ فإنّه يُشتَرَطُ القبولُ لفظًا، ويقعُ عندَ الدُّخولِ بألفٍ، وإنْ وجَبَ تَسليمُه حالاً كما يأتي بأنّ هذه فيها شرطانِ مُتَغايِرانِ فأوجَبنا مقتضى كلٍّ منهما، وهو ما ذُكِرَ بخلافِ تلك فإنّه ليس فيها إلا شرطٌ واحدٌ لكن فيه شائِبةُ مالٍ فغَلَّبنا الشرطَ تارةً والشّائِبةَ أخرى (غيرِ مُنْفَصِلٍ) بكلامٍ أجنبيٍّ إنْ طالَ كما يأتي آخِرَ الفصلِ، وكذا السُّكوتُ كما مَرَّ في البيعِ، ومن ثَمَّ اشتُرِطَ تَوافُقُ الإيجابِ والقبولِ هنا أيضًا (فلو اختلف إيجابٌ وقَبولٌ كطَلَّقْتُك بألفٍ فقَبِلَتْ بألفين وعكسُه، أو طَلَّقْتُك ثلاثًا بألفٍ فقَبِلَتْ واحدةً بثُلُثِ الألفِ فلَغْوٌ) كما في البيعِ فلا طلاقَ ولا مالَ (ولو قال: طَلَّقْتُك ثلاثًا بألفٍ فقَبِلَتْ واحدةً بالألفِ فالأصحُّ وُقوعُ الثلاثِ ووجوبُ الألفِ)؛ لأنّهما لم يتخالَفا هنا في المالِ المعتبَرِ قبولُها لأجلِه بل في الطّلاقِ في مُقابَلَته، والزوجُ مُستَقِلٌّ به فوقع ما زاده عليها، وبه يندَفِعُ ما قيلَ: قد يكونُ لها غَرَضٌ في عدمِ الثلاثِ لِترجِعَ له بلا مُحَلِّلٍ، ويُفارِقُ ما لو باعَ عبدَين بألفٍ فقَبِلَ أحدَهما بألفٍ؛ لأنّ البائِعَ لا يستَقِلُّ بتمليكِ الزّائِدِ،

وإنْ بَدأ بصيغةِ تَعْليقٍ كَمَتَى أو مَتَى ما أَعْطَيْتِني فَتَعْليقٌ فلا رُجوعَ له، ولا يُشْتَرَطُ القبولُ لَفْظًا ولا الإعْطاءُ في المجْلِسِ، وإنْ قال إنْ أو إذا أَعْطَيْتِني فَكَذلك لَكِنْ يُشْتَرَطُ إعْطاءٌ على الفوْرِ.

(وإنْ بَدَأ بصيغةِ تعليقٍ كمتى، أو متى ما) زائِدةٌ لِلتّأكيدِ، أو أي وقتَ، أو زَمَنَ، أو حين (أعطَيْتِني) كذا فأنت طالِقٌ (فتعليقٌ) من جانِبِه فيه شَوْبُ مُعاوَضةٍ لكن لا نَظَرَ إليها هنا غالِبًا؛ لأنّ لفظَه المذكورَ من صَرائِحِه فلم يُنْظَرْ لِما فيه من نَوْعِ مُعاوَضةٍ (فلا) طلاقَ إلا بعدَ تَحقُّقِ الصِّفة، ولا يَبْطُلُ بطُروِّ جُنونِه عَقِبَه، ولا (رُجوعَ له) عنه قبلَ الإعطاءِ كسائِرِ التعليقات (ولا يُشْتَرَطُ القبولُ لفظًا)؛ لأنّ صيغَتَه لا تقتَضيه (ولا الإعطاءُ في المجلِسِ) بل يكفي وإنْ تَفَرَّقا عنه لِدَلالَته على استغراقِ كلِّ الأزْمِنةِ منه صريحًا فلم تقوَ قرينةُ المُعاوَضةِ على إيجابِ الفوْرِ، وإنّما وجَبَ في قولِها متى طَلَّقْتَني فلَك ألفٌ وُقوعُه فوْرًا؛ لأنّ الغالِبَ على جانِبِها المُعاوَضةُ بخلافِه وأفْهَمَ مِثالُه أنّ متى أي ونحوَها إنّما يكونُ لِلتّراخي إثباتًا أمّا نفيًا كمتى لم تُعْطِني ألفًا فأنت طالِقٌ فالفورُ فتَطْلُقُ بمُضيِّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فيه الإعطاءُ فلم تُعْطِه (وإنْ قال إنْ) بالكسرِ (أو إذا) ومثلُهما كلُّ ما لم يَدُلَّ على الزّمَنِ الآتي (أعطَيْتِني فكذلك) أي لا رُجوعَ له ولا يُشْتَرَطُ القبولُ لفظًا؛ لأنّهما حرفا تعليقٍ كمتى أمّا المفتوحةُ وإذْ فالطّلاقُ مع أحدِهِما يقعُ بائِنًا حالاً، وينبغي تقييدُه بالنّحويِّ أخذًا مِمّا يأتي في الطّلاقِ ثمّ رأيت شارِحًا ذكرَه وظاهرُ كلامِهم أنّه مع بَيْنونَتِها لا مالَ له عليها، ويوَجَّه بأنّ مقتضى لفظه أنها بَذَلَتْ له ألفًا على الطّلاقِ، وأنّه قبضه لكن القياسُ أنّ له تَحْليفَها أنّها أعطَتْه نظيرَ ما مَرَّ في رَسمِ القبالةِ (لكن يُشْتَرَطُ) إنْ كانت حُرّةً وأُلْحِقَ بها المُبَعَّضةُ والمُكاتَبةُ سواءٌ الحاضِرةُ والغائِبةُ عَقِبَ علمِها (إعطاءٌ على الفوْرِ) والمُرادُ به في هذا البابِ مجلِسُ التّواجُبِ السّابِقُ بأنْ لا يتخَلَّلَ كلامٌ، أو سُكوتٌ طَويلٌ عُرْفًا.

وقيلَ: ما لم يتفرَّقا كما مَرَّ في خيارِ المجلِسِ؛ لأنّ ذِكْرَ العِوَضِ قرينةٌ تقتَضي التعجيلَ؛ إذِ الأعواضُ تَتعجَّلُ في المُعاوَضات وتَرَكْت هذه القضيّةَ في نحوِ متى لِصَراحَتِها في التّأخيرِ كما مَرَّ بخلافِ إنْ؛ إذْ لا دَلالةَ لها على زَمَنٍ أصلاً، وإذا؛ لأنّ متى مُسَمّاها زَمَنٌ عامٌّ ومُسَمَّى إذا زَمَنٌ مُطْلَقٌ؛ لأنّها ليستْ من أدَوات العمومِ اتّفاقًا؛ فلهذا الاشتراكِ في أصلِ الزّمَنِ وعدمِه في إن اتَّضَحَ أنّه لو قيلَ: متى ألقاك صَحَّ أنْ يُقال متى، أو إذا شِئْت دون إنْ شِئْت؛ لأنّها لِعدمِ دَلالَتِها على زَمَنٍ لا تصلُحُ جوابًا لِلاستفهام الذي في متى عن الزّمانِ، ومَحَلُّ التّسويةِ بين إنْ وإذا في الإثبات أمّا النّفيُ فإذا للفَوْرِ بخلافِ إنْ كما يأتي أمّا الأمةُ فمتى أعطَتْ طَلَقت، وإنْ طالَ لِتعذُّرِ إعطائِها حالاً؛ إذْ لا ملك لها، ومن ثَمَّ لو كان التعليقُ بإعطاءِ نحوِ خمرٍ اشتُرِطَ الفوْرُ لِقُدْرَتِها عليه حالاً، وفي الأوّلِ إذا أعطَتْه من كسبِها، أو غيرِه بانَتْ على تَناقُضٍ فيه، ويَرُدُّه لِلسَّيِّدِ، أو مالِكِه وله عليها مهرُ المثلِ إذا عَتَقت والإبراءُ فيما ذُكِرَ كالإعطاءِ ففي إنْ أبرَأْتني لا بُدَّ من إبرائِها فوْرًا براءةً صحيحةً عَقِبَ علمِها، وإلا لم يقعْ، وإفتاءُ بعضِهِم بأنّه يقعُ في الغائِبةِ مُطْلَقًا؛ لأنّه لم يُخاطِبْها بالعِوَضِ فغلبت الصِّفة بَعيدٌ

وإنْ بَدأتْ بطَلَبِ طَلاقٍ فأجابَ فَمُعاوَضةٌ فيها شَوْبُ جِعالةٍ فَلَها الرُّجوعُ قبلَ جَوابِه، ويُشْتَرَطُ فَوْرٌ لِجَوابِه، ولو طَلَبَتْ ثَلاثًا بألْفٍ فَطَلَّقَ طَلْقةً بثُلُثِه ....

مُخالِفٌ لِكلامِهم، ومن ثَمَّ قال في الخادِمِ في «فُلانةُ طالِقٌ على ألفٍ إنْ شاءَتْ»: قياسُ البابِ اعتبارُ الفوْريّةِ هنا لِوجودِ المُعاوَضةِ أي فكذا الإبراءُ فيه مُعاوَضةٌ هنا، وزعم أنّه إسقاطٌ فلا تَتَحقَّقُ فيه العِوَضيّةُ ليس بشيءٍ كما هو واضِحٌ على أنّه مَرَّ أنّ القولَ بأنّه إسقاطٌ ضعيفٌ فعُلِمَ إنْ تَصَدَّقْت عليك بصَداقي على أنْ تُطَلِّقَني خُلْعٌ أي إنْ أرادَتْ جَعْلَ البراءةِ التي تَضَمَّنَها التّصَدُّقُ عِوَضًا لِلطَّلاقِ لا تعليقَها به كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ فيُشْتَرَطُ طلاقُه على الفوْرِ لا يُقالُ: أرادَ ذلك المُفْتي التّفْريعَ على الضّعيفِ أنّه رجعيٌّ؛ لأنّا نَقولُ فحينئذٍ لا فوْرَ في غائبةٍ ولا حاضِرةٍ، وفي إنْ أبرَأت فُلانًا من دينِك، أو أعطَيْته كذا يقعُ رجعيًّا كما مَرَّ فلا فوْريّةَ، ويكفي التعليقُ الضِّمْنيُّ ففي أنت طالِقٌ، وتمامُ طلاقِك ببراءتك لا بُدَّ من براءتها فوْرًا على أحدِ وجهَين يَتَّجِه ترجيحُه؛ لأنّ الكلامَ لا يَتِمُّ إلا بآخِرِه ثمّ رأيت الأصبَحيَّ بحث أنّه إنْ لم ينوِ به الشرطَ وقَعَ حالاً، وإنْ نَواه وصَدَّقته تعلَّقَ به، وهو ظاهرٌ لكن اعترَضَه غيرُه بأنّ قضيّتَه وُقوعُه حالاً عندَ الإطلاقِ والظّاهِرُ خلافُه كأنت طالِقٌ ببراءتك ولأنّ الكلامَ إذا اتّصَلَ وانتظَمَ يرتَبِطُ بعضُه ببعضٍ ا هـ.

وهذا موافِقٌ لِما ذكرْته، ولو قال: إنْ أبرَأْتني فأنتَ وكيلٌ في طلاقِها فأبرَأته بَرِئَ ثمّ الوكيلُ مُخَيَّرٌ فإنْ طَلَّقَ وقَعَ رجعيًّا؛ لأنّ الإبراءَ وقَعَ في مُقابَلةِ التوكيلِ وتعليقُه إنّما يُفيدُ بُطْلانَ خُصوصِه كما مَرَّ ولو قال: أنت طالِقٌ إلا إنْ أبرَأْتني من كذا لم تَطْلُقْ على الأوجَه إلا باليأْسِ من البراءةِ بنحوِ إيفاءٍ، أو موتٍ، وكذا إلا إنْ أعطَيْتني كذا مثلًا.

(وإنْ بَدَأتْ بطَلَبِ طلاقٍ) كطَلِّقْني بكذا، أو إنْ، أو إذا، أو متى طَلَّقْتَني فلَك عليَّ كذا (فأجابَ) ها الزوجُ (فمُعاوَضةٌ) من جانبِها لِملكِها البُضْعَ في مُقابَلةِ ما بَذَلَتْه (مع شَوْبِ جَعالةٍ) لِبَذْلِها العِوَضَ له في مُقابَلةِ تَحصيلِه لِغَرَضِها، وهو الطّلاقُ الذي يستَقِلُّ به كالعامِلِ في الجعالةِ (فلها الرُّجوعُ قبلَ جوابه) كسائِرِ الجعالات والمُعاوَضات (ويُشْتَرَطُ فورٌ لِجوابه) في مجلِسِ التّواجُبِ نَظَرًا لِجانِبِ المُعاوَضةِ، وإنْ عُلِّقت بمتى بخلافِ جانِبِ الزوجِ كما مَرَّ فلو طَلَّقَها بعدَ زَوالِ الفوْريّةِ حُمِلَ على الابتداءِ فيقعُ رجعيًّا بلا عِوَضٍ، وفارَقَ الجعالةَ بقُدْرَته على العمَلِ في المجلِسِ بخلافِ عامِلِ الجعالةِ غالبًا وبحث أنّها لو صرّحتْ بالتّراخي لم يجب الفوْرُ، ولا يُشْتَرَطُ توافُقٌ نَظَرًا لِشائبةِ الجعالةِ فلو قالتْ: طَلِّقْني بألفٍ فطَلَّقَ بخمسِمِائةٍ وقَعَ بها كرُدَّ عبدي بألفٍ فرَدَّه بأقَلَّ (ولو طلبتْ) واحدةً بألفٍ فطَلَّقَ نصفَها مثلاً بانَتْ بنصفِ المُسَمَّى، أو يَدَها مثلاً بانَتْ بمهرِ المثلِ للجهْلِ بما يُقابِلُ اليدَ، أو (ثلاثًا بألفٍ)، وهو يملكُهُنّ عليها (فطَلَّقَ طَلْقة بثُلُثِه) يعني لم يقصِدْ بها الابتداءَ سواءٌ أقال بثُلُثِه أم سكتَ عنه، ولم ينوِ ذلك فيما يظهرُ من كلامِهم ثمّ رأيت الشُّرّاحَ اعترَضوه بأنّه قيْدٌ مُضِرٌّ؛ إذْ لو اقتصَرَ على طَلْقة واحدةٍ استَحَقَّ الثُّلُثَ فلو حَذَفَ التقييدَ لأفْهَمَه بالأولى، وأيضًا ففيه إيهامُ أنّه إذا لم يُعِدْ ذِكرَ

فَواحِدةً بِثُلُثِهِ. وإذا خالَعَ أو طَلَّقَ بِعِوَضٍ فلا رَجْعةَ، فإنْ شَرَطَها فَرَجْعيٌّ ولا مالَ، وفي قولٍ بائِنٌ بمَهْرِ مِثْلٍ.

ولو قالتْ طَلِّقْني بكَذا وارْتَدَّتْ فأجابَ إنْ كان قبلَ دُخولٍ أو بعده وأصَرَّتْ حتّى انْقَضَتِ العِدّةُ بانَتْ بالرِّدّةِ، ولا مالَ، وإنْ أسْلَمَتْ فيها طَلُقَتْ بالمالِ، ولا يَضُرُّ تَخَلُّلُ كَلامٍ يَسيرٍ

المالِ وقَعَ رجعيًّا والأصحُّ أنّه بائِنٌ كما تقرّر (فواحدةً) تَقَعُ لا غيرُ (بثُلُثِه)، أو طَلْقَتَين فطَلْقَتانِ بثُلُثَيه تَغليبًا لِشَوْبِ الجعالةِ؛ إذْ لو قال رُدَّ عَبيدي الثلاثةَ، ولَكَ ألفٌ رَدَّ واحدًا استَحَقَّ ثُلُثَ الألفِ وفارَقَ عدمُ الوُقوعِ في نظيرِه من جانِبِه؛ لأنّه تعليقٌ فيه مُعاوَضةٌ، وشرطُ التعليقِ وجودُ الصّفة والمُعاوَضةِ التّوافُقُ، ولَم يوجَدا، وأمّا من جانِبِها فلا تعليقَ فيه بل فيه مُعاوَضةٌ أيضًا كما مَرَّ وجَعالةٌ، وهذا لا يقتضي الموافَقة فغُلِّبَ بخلافِ التعليقِ فإنّه يقتضيها أيضًا فاستَوَيا، ولو أجابَها ب أنت طالِقٌ، ولم يذكرْ عددًا ولا نَواه وقَعَتْ واحدةً فقط على الأوجَه، أو ب أنت طالِقٌ طَلْقة ونصفَها فهل يستَحِقُّ ثُلُثَي الألفِ، أو نصفَها وجهانِ أصحُّهما الثاني نَظَرًا للمَلْفوظِ لا لِلسِّرايةِ؛ لأنّه الأقوى وباختيارِه ويأتي ما له بذلك تعلُّقٌ (وإذا خالَعَ، أو طَلَّقَ بعِوَضٍ) ولو فاسِدًا (فلا رَجْعةَ) له؛ لأنّها إنّما بَذَلَت المالَ لِتَملِكَ بُضعَها كما أنّه إذا بَذَلَ الصّداقَ لا تملِكُ هي رَفْعَه، (فإنْ شَرَطَها) كطَلَّقْتُكِ، أو خالَعْتُكِ بكذا على أنّ لي عليكِ الرّجعةَ فقَبِلَتْ، أو إنْ أبرَأْتني من صَداقِكِ فأنت طالِقٌ طَلْقة رجعيّةً فأبرَأَتْ كما أفتى به جمعٌ أخذًا من فتاوَى ابنِ الصّلاحِ (فرجعيٌّ، ولا مالَ) له؛ لأنّ شرطَي الرّجعةِ والمالِ أي: أو البراءةِ مُتَنافيانِ فيتساقَطانِ ويبقى مُجَرَّدُ الطّلاقِ، وهو يقتضي الرّجعةَ ولأنّه لَمّا صرّح برجعيّةٍ عُلِمَ أنّ مُرادَه مُجَرَّدُ التعليقِ بصِفة البراءةِ لا أنّها عِوَضٌ، وبحث بعضُهم عدمَ الوُقوعِ في مسألةِ البراءةِ؛ لأنّه لا سبيلَ للوُقوعِ إلا بصحّةِ البراءةِ، وصحّتُها تَستَلْزِمُ البينونةَ، وهي تُنافي قولَه: رجعيّةٌ، ويُرَدُّ بأنّ هذا نظيرُ ما ذكروه من التّنافي، وقد صرحوا بأنّه لا يُنافي الوُقوعَ (وفي قولٍ: بائِنٌ بمهرِ المثلِ)؛ لأنّ الخُلْعَ لا يَفْسُدُ بفَسادِ العِوَضِ، ولو خالَعَها بعِوَضٍ على أنّه متى شاءَ رَدَّه، وكان له الرّجعةُ بانَتْ بمهرِ مثلٍ؛ لأنّه رَضيَ هنا بسُقوطِ الرّجعةِ ومتى سقَطَتْ لا تَعودُ.

(ولو قالتْ طَلِّقْني بكذا وارتَدَّتْ)، أو ارتَدَّ هو، أو ارتَدّا (فأجابَ) ها الزوجُ فوْرًا بأنْ لم تَتَراخَ الرِّدّةُ ولا الجوابُ كما أفادَتْه الفاءُ، وحينئذٍ نُظِرَ (إنْ كان) الارتدادُ (قبلَ دخولٍ، أو بعدَه وأصَرَّتْ) هي، أو هو، أو هما على الرِّدّةِ (حتى انقضت العِدّةُ بانَتْ بالرِّدّةِ ولا مالَ) ولا طلاقَ لانقطاعِ النّكاحِ بالرِّدّةِ في الحالينِ أمّا إذا أجابَ قبلَ الرِّدّةِ فإنّها تَبينُ حالاً بالمالِ بخلافِ ما لو وقَعا معًا فإنّها تَبينُ بالرِّدّةِ، ولا مالَ كما بحثه السُّبْكيُّ وغيرُه أي إنْ لم يقعْ إسلامٌ، ويوَجَّه بأنّ المانِعَ أقوى من المقتضي فبَحْثُ شارِحٍ وجوبَه ضعيفٌ، وإنْ جزَمَ به شيخُنا في شرحِ مَنْهَجِه (وإنْ أسلَمت) هي، أو هو، أو هما (فيها) أي العِدّةِ (طَلَقت بالمالِ) المُسَمّى؛ لأنّا تَبَيَّنّا صحّةَ الخُلْعِ، وتُحسَبُ العِدّةُ من حينِ الطّلاقِ (ولا يَضُرُّ تَخَلُّلُ) سُكوتٌ، أو (كلامٌ يَسيرٌ) ولو أجنَبيًّا من المطلوبِ جوابُه.

بين إيجابٍ وقَبولٍ.

(بين إيجابٍ وقَبولٍ)؛ لأنّه لا يُعَدُّ إعراضًا هنا نَظَرًا لِشائِبَةِ التعليقِ، أو الجعالةِ، وبه فارَقَ البيعَ، وظاهرُ كلامِهم هنا أنّ الكثيرَ يَضُرُّ، ولو من غيرِ المطلوبِ جوابُه، وبه صرحوا في البيعِ، ويُحْتَمَلُ أنّه لا يَضُرُّ هنا إلا من المطلوبِ جوابُه لِما تقرّر من الفرقِ بينهما ثمّ رأيت شيخَنا جَزَمَ به.

(فرع): نَقَلَ الأصبَحيُّ عن العِمْرانيِّ أنّ قولها خالَعْتكِ بألفٍ لَغْوٌ، وإنْ قبِلَ؛ لأنّ الإيقاعَ إليه دونَها ولا يُنافيه خلافًا لِمَنْ ظَنّه قولَ الخوارِزميِّ بتقديرِ اعتمادِه لو قالتْ أبرَأت ذِمَّتَك من صَداقي على طلاقي فطَلَّقَ، أو قال قبِلْت الإبراءَ بانَتْ؛ لأنّ القبولَ التزامٌ لِلطَّلاقِ بالإبراءِ؛ لأنّه ليس هنا إيقاعٌ منها حتى في الصّورةِ الثالِثةِ كما أفْهَمَه تعليلُه المذكورُ، وإنّما لم يُجْعَلْ قولُه: قبِلْت في الأولى مُتَضَمِّنًا لِلالتزامِ المذكورِ؛ لأنّها بإسنادِها الخُلْعَ إلى نفسِها أفْسَدَتْ صيغَتَها فلم يَبْقَ صيغةٌ صحيحةٌ تَلْزَمُها بخلافِها في الثالِثةِ فإنّ صيغَتَها مُلْزِمةٌ فصَحَّ جَعْلُ قبولِه التزامًا لِما تَضَمَّنَتْه، وكان بعضُهم أخذَ من كلامِ الخوارِزْميِّ هذا قولَه: لو قالتْ بَذَلْت صَداقي على صحّةِ طلاقي فقال قبِلْت وقَعَ بائِنًا بمهرِ المثلِ لكن ينبغي حملُ قولِه بمهرِ المثلِ على ما إذا جَهِلَ أحدُهما الصّداقَ، وإلا وقَعَ بائِنًا في مُقابَلةِ البراءةِ منه كما اقتضاه كلامُ الخوارِزْميِّ هذا. والذي يَتَّجِه أنّ مَحَلَّ ما قاله الخوارِزْميُّ في الأولى ما إذا نَوَتْ جَعْلَ الإبراءِ عِوَضًا لِلطَّلاقِ فطَلَّقَ على ذلك بأنْ تَلَفَّظَ به بخلافِ ما إذا نَواه أيضًا؛ لأنّ هذا في معنى تعليقِ الإبراءِ، وتعليقُه باطِلٌ فلا عِوَضَ حينئذٍ كما مَرَّ بَيانُه في الفصلِ الذي قبلَ هذا وفي الثانيةِ ما إذا قال قبِلْت بذلك ونَوَى به إيقاعَ الطّلاقِ في مُقابَلةِ الإبراءِ، وإلا فالتزامُ الطّلاقِ بغيرِ لفظٍ صريحٍ فيه ولا كِنايةٍ مع النّيّةِ لا يوقِعُه ويَجْري ما ذكرْته في الأولى في صورةِ بَذْلِها المذكورةِ إنْ قُلْنا فيما إذا كان الصّداقُ دَيْنًا أنّ البذْلَ يصحُّ كونُه كِنايةً في الإبراءِ، وفيه نَظَرٌ؛ لأنّه إنّما يُستعمَلُ في الأعيانِ لا غيرُ؛ إذْ حَقيقة البذْلِ الإعطاءُ، وحَقيقة الإبراءِ الإسقاطُ، والنّسبةُ بينهما التّبايُنُ فلا يصحُّ أنْ يُرادَ بأحدِهما الآخرُ فإنْ قُلْت الإبراءُ تمليكٌ لا إسقاطٌ فصَحَّ استعمالُ البذْلِ فيه.

قُلْت: كونُه تمليكًا إنّما هو أمرٌ حكميٌّ له لا أنّه مَدْلولُ لفظه على أنّ التحقيقَ أنّه لا يُطْلَقُ القولُ بأنّه تمليكٌ ولا بأنّه إسقاطٌ؛ لأنّ لهم فُروعًا راعَوْا فيها الأوّلَ وفُروعًا راعَوْا فيها الثانيَ لكن لَمّا كانت أكثرَ أطلقَ كثيرون عليه التمليك فمَلْحَظُ ذَينك ليس النّظَرَ لِمَدْلولِ اللّفظِ بل لِمُدْرَكٍ ما يستعمِلُ فيه، وأمّا مَدْلولُه الأصليُّ فهو الإسقاطُ لا غيرُ فتَمَّ ما تقرّر من المُنافاةِ بينهما، ولو عَلَّقَ بالبراءةِ، فأتَتْ بلفظِ البذْلِ لم يَكْفِ، وإنْ نَوَتْه به؛ لأنّه لا يحتمِلُه قاله ابنُ عُجَيْلٍ وغيرُه ونَظَرَ فيه بأنّه في معناه؛ ولِذا قيلَ: إنّه تمليكٌ لِلدَّين، ويُرَدُّ بمَنْعِ أنّه في معناه لِما تقرّر أنّ البذْلَ إنّما يُستعمَلُ في الأعيانِ لا غيرُ، ومن ثَمَّ لو قالتْ: بَذَلْت صَداقي على طلاقي، وهو دَيْنٌ فطَلَّقَ، ولم ينويا جَعْلَ مثلِه عِوَضًا لِلطَّلاقِ وقَعَ رجعيًّا كما مَرَّ بما فيه في الفصلِ الذي قبلَ هذا بخلافِ ما لو قال: أنت طالِقٌ على صحّةِ البراءةِ فلا تَطْلُقُ حتى تُبْرِئَه؛ لأنّ البذْلَ غيرُ البراءةِ، فكان كلامُه تعليقًا مُبْتَدَأً خلافًا لِمَنْ قال: يقعُ

فَصلٌ

قال: أَنْتِ طالِقٌ، وعَلَيْك أو ولي عَلَيْك كَذا، ولم يَسْبِقْ طَلَبُها بمالٍ وقَعَ رَجْعيًا قَبِلَتْ أم لا ولا مالَ، ....

بقولِه: أنت طالِقٌ، وما بعدَه لِمُجَرَّدِ التَّأكيدِ؛ لأنّه صَرْفٌ لِلَّفْظِ عن ظاهِرِه لِغيرِ موجِبٍ، والنّظائِرُ التي استَشْهَدَ بها لا تَشْهَدُ له كما هو واضِحٌ للمُتأمِّلِ أمّا إذا نَوَيا جَعْلَ مثلِه عِوَضًا فيقعُ بائِنًا إنْ علم، وإلا فبِمهرِ المثلِ بخلافِ ما لو جعلاه نفسَه؛ لأنّ الدَّيْنَ ما دامَ دَيْنًا لا يقبَلُ العِوَضيّةَ، ولا يصحُّ استعمالُ البذْلِ فيه كما تقرّر، والنّذْرُ له بالمهرِ في إنْ أبرَأتني مَرَّ حكمُه والأوجَه في إنْ نَذَرْت لي بكذا فأنت طالِقٌ فنَذَرَتْ له به أنّه يقعُ بائِنًا وكونُ النّذْرِ قُربةً لا يُنافي وُقوعَ الطّلاقِ في مُقابَلَته؛ إذِ الإبراءُ قُربةٌ أيضًا.

فصل في الألفاظِ المُلْزِمةِ للعِوَضِ، وما يَتْبَعُها

لو (قال أنت طالِقٌ وعليك) كذا (أو) أنت طالِقٌ (ولي عليك كذا)، وظاهرٌ أنّ مثلَ هذا عكسُه كعليك كذا وأنت طالِقٌ وتَوَهُّمُ فرقٍ بينهما بَعيدٌ (ولم يسبِقْ طَلَبُها بمالٍ وقَعَ رجعيًّا قبِلَتْ أم لا ولا مالَ)؛ لأنّه أوقَعَ الطّلاقَ مَجّانًا ثمّ أخبَرَ أنّ له عليها كذا بذِكْرِ جُمْلةٍ خبريّةٍ معطوفةٍ على جُمْلةِ الطّلاقِ غيرِ صالِحةٍ لِلشَّرْطيّةِ، أو العِوَضيّةِ فلم يلزمْها لِوُقوعِها مُلْغاةً في نفسِها، وفارَقَ قولها طَلِّقْني، وعليَّ أو لَك عليَّ ألفٌ فأجابَها فإنّه يقعُ بائِنًا بالألِفِ بأنّ المُتعلِّقَ بها من عقدِ الخُلْعِ هو الالتزامُ فحُمِلَ لفظُها عليه، وهو ينفَرِدُ بالطّلاقِ، فإذا خَلا لفظُه عن صيغةِ مُعاوَضةٍ حُمِلَ لفظُه على ما ينفَرِدُ به نعم، إنْ شاعَ عُرْفًا أنّ ذلك لِلشَّرْطِ كعليَّ صار مثله أي إنْ قصَدَ به، وليس مِمّا تعارَضَ فيه مَدْلولانِ لُغَويٌّ وعُرْفيٌّ حتى يُقَدَّمَ اللُّغَويُّ؛ لأنّ ما هنا في لفظٍ شاعَ استعمالُه في شيءٍ فقَبِلَتْ إرادَتُه له، وذاك في تعارُضِ المدْلولينِ ولا إرادةَ فقَدَّمَ الأقوى، وهو اللُّغَويُّ فإنْ قُلْت: هل يُمْكِنُ توجيه إطلاقِ المُتَوَلّي أنّ الاشتهارَ هنا جَعْلُه صريحًا فلا يحتاجُ لِقَصْدٍ.

قُلْت نعم، ؛ لأنّ كون الاشتهارِ لا يَلْحَقُ الكِنايةَ بالصّريحِ إنّما هو في الكِنايات الموقَعةِ أمّا الألفاظُ المُلْزِمةُ فيكفي في صَراحَتِها الاشتهارُ ألا ترى أنّ بعْتُك بعَشَرةِ دَنانيرَ، وفي البلَدِ نَقْدٌ غالِبٌ يكونُ صريحًا فيه، وليس ذلك إلا لِتأثيرِ الاشتهارِ فيه فاندَفع بما قرَّرْته أوّلاً استشْكالُ هذا بقولِهم إذا تعارَضَ مَدْلولانِ لُغَويٌّ وعُرْفيٌّ قُدِّمَ اللُّغَويُّ وآخِرًا قولُ ابنِ الرِّفعةِ: إنّ هذا مَبنيٌّ على أنّ الصّراحةَ تُؤْخَذُ من الاشتهارِ أي وهو ضعيفٌ ويُؤْخَذُ من ذلك أنّه لو قال بعْتُك ولي عليك ألفٌ واشتُهِرَ في الثّمَنيّةِ صَحّ البيعُ به، وإنْ لم ينوِ، وأفتى أبو زُرْعةَ فيمَنْ قال: أبرِئيني وأنت طالِقٌ، وقَصَدَ تعليقَ الطّلاقِ بالبراءةِ بأنّه يَتعلَّقُ بها أي لِغلبةِ ذلك وتَبادُرِ التعليقِ منه ومثلُه أعطيني ألفًا وأنت طالِقٌ فيما يظهرُ وإطلاقُ الزّركشيّ الوُقوعَ به بائِنًا كرُدَّ عبدي وأُعطيك ألفًا يُرَدُّ بأنّ هذا ليس نظيرَ الجعالةِ؛ لأنّه

فإنْ قال أرَدْت ما يُرادُ بطلَّقْتُك بكَذا وصَدَّقَتْه فكَهو في الأصَحِّ، وإنْ سَبَقَ بانَتْ بالمذْكورِ، وإنْ قال أنْتِ طالِقٌ على أنّ لي عَلَيْك كَذا فالمذْهَبُ أنّه كَطَلَّقْتُكِ بكَذا، فإذا قَبِلَتْ بانَتْ ووَجَبَ المالُ.

وإنْ قال إنْ ضَمنت لي ألْفًا فأنْتِ طالِقٌ فَضَمنتْ في الفوْرِ بانَتْ ولَزِمَها الألْفُ.

وإنْ قال مَتَى ضَمنت فَمَتَى ضَمنتْ ....

فيها مُلْتَزِمٌ، وفي مسألَتنا مُلْزَمٌ وشَتّانَ ما بينهما أمّا إذا سبَقَ طَلَبُها بمالٍ فيأتي **(فإنْ قال أرَدْت به ما يُرادُ بطَلَّقْتُك بكذا)**، وهو الإلزامُ **(وصَدَّقته)** وقَبِلَتْ **(فكهو)** لُغةٌ قليلةٌ أي فكما لو قاله **(في الأصحّ)** فيقعُ بائِنًا بالمُسَمَّى؛ لأنّ المعنى حينئذٍ وعليك كذا عِوَضًا أمّا إذا لم تُصدِّقْه وقَبِلَتْ فيقعُ بائِنًا مُؤاخذةً له بإقرارِه ثمّ إنْ حَلَفت أنّها لا تعلَمُ أنّه أرادَ ذلك لم يلزمْها له مالٌ، وإلا حَلَفَ ولَزِمَها. وأمّا إذا لم تقبل فلا يقعُ شيءٌ إنْ صَدَّقته، أو كذَّبَته وحَلَفَ يَمينَ الرّدِّ، وإلا وقَعَ رجعيًّا ولا حَلِفَ؛ لأنّه لَمّا لم يُقْبل قولُه في هذه الإرادةِ صار كأنّه قال ذلك، ولم يُرِدْه، ومَرَّ أنّه رجعيٌّ واستَشْكلَ السُّبْكيُّ عدمَ قبولِ إرادَته مع احتمالِ اللّفْظِ لها إذِ الواوُ تحتَمِلُ الحالَ فيتقَيَّدُ الطّلاقُ بحالةِ إلزامِه إيّاها بالعِوَضِ فحيثُ لا إلزامَ لا طلاقَ قال: وهذا في الظّاهرِ أمّا باطِنًا فلا وُقوعَ اهـ ويُجابُ عن إشكالِه بأنّ العطْفَ في مثلِ هذه الواوِ أظهرُ فقَدَّموه على الحاليّةِ نعم، لو كان نحوِيًّا وقَصَدَها لم يَبْعُدْ قبولُه بيَمينِه **(وإنْ سبَقَ)** ذلك طلبها بمالٍ، وقَصَدَ جوابَها، أو أطلقَ كما هو ظاهرٌ **(بانَتْ بالمذكورِ)** في كلامِها إنْ عَيَّنَتْه؛ لأنّه لو حَذَفَ وعليك لَزِمَ فمع ذِكْرِها، أولى فإذا أبهَمته وعَيَّنَه فهو كالابتداءِ بطَلَّقْتُك على ألفٍ فإنْ قبِلَتْ بانَتْ بالألفِ، وإلا فلا طلاقَ، وإنْ أبهَمَه أيضًا، أو اقتصرَ على طَلَّقْتُك بانَتْ بمهرِ المثلِ أمّا إذا قصَدَ الابتداءَ وحَلَفَ حيثُ لم تُصَدِّقْه فيقعُ رجعيًّا، وكذا في كلِّ سُؤالٍ وجوابٍ، واستبعده الأذرَعيُّ بأنّه خلافُ الظّاهرِ.

(وإنْ قال: أنت طالِقٌ على أنّ لي عليك كذا فالمذهبُ أنّه كطَلَّقْتُك بكذا فإذا قبِلَتْ) فوْرًا في مجلِسِ التّواجُبِ بنحوِ قبِلْت، أو ضَمنت **(بانَتْ ووَجَبَ المالُ)**؛ لأنّ على لِلشَّرْطِ فإذا قبِلَتْ طَلَقت ودعوَى أنّ الشرطَ في الطّلاقِ يَلْغو إذا لم يكن من قضاياه كأنت طالِقٌ على أنْ لا أتَزَوَّجَ عليك يُرَدُّ بأنّه لا قرينةَ هنا على المُعاوَضةِ بوجهٍ.

(وإنْ قال: إنْ ضَمنت لي ألفًا فأنت طالِقٌ)، أو عَكسَ **(فضَمِنَتْ)** بلفظِ الضّمانِ؛ لأنّه المُعَلَّقُ عليه وبُحِثَ إلحاقُ مُرادِفِه به، وهو التزَمْت **(في الفوْرِ)** أي مجلِسِ التّواجُبِ **(بانَتْ ولَزِمَها الألفُ)** لِوجودِ العقدِ المقتضي للإلزامِ إيجابًا وقَبولاً وشرطًا، وخرج بلفظِ الضّمانِ غيرُه كقَبِلْت، أو شِئْت، أو رَضيت فلا طلاقَ ولا مالَ، وكذا لو أعطَتْه من غيرِ لفظٍ، ولو قالتْ: طَلِّقْني على كذا فقال أنت طالِقٌ إنْ شِئْت كان ابتداءً منه فلا يقعُ إلا إنْ شاءَتْ ولا مالَ حينئذٍ كما هو ظاهرٌ **(وإنْ قال متى ضَمنت)** لي ألفًا فأنت طالِقٌ فمتى ضَمِنَتْ بلفظِ الضّمانِ ومُرادِفِه دون غيرِه كما تقرّر ووقع لِشارِحٍ هنا غيرُ ذلك

طَلُقَتْ، وإنْ ضَمِنتْ دونَ الألْفِ لم تَطْلُقْ، ولو ضَمِنتْ ألْفَيْنِ طَلُقَتْ، ولو قال طَلِّقي نفسَكَ إنْ ضَمِنت لي ألْفًا فقالتْ: طَلَّقْتُ وضَمِنتُ أو عَكْسَه بانَتْ بألْفٍ، فإن اقْتَصَرَتْ على أحَدِهما فلا، وإذا عَلَّقَ بإعْطاءِ مالٍ فَوَضَعَتْه بين يَدَيْه طَلُقَتْ، والأَصَحُّ دُخولُه في مِلْكِه، وإنْ قال إنْ أقْبَضْتِني فَقيلَ كالإعْطاءِ، والأَصَحُّ كَسائِرِ التَّعْليقِ فلا يَملِكُه، ......

فاحذَرْه (طَلَقت)؛ لأنّ متى لِلتَّراخي ولا رُجوعَ له كما مَرَّ (وإنْ ضَمِنَتْ دون ألفٍ لم تَطلُقْ) لِعدمِ وجودِ المُعَلَّقِ عليه (ولو ضَمِنَتْ ألفين طَلَقت) بألفٍ لِوجودِ المُعَلَّقِ عليه في ضِمْنِهما بخلافِ طَلَّقْتُك على ألفٍ فقَبِلَتْ بألفين؛ لأنّ تلك صيغةُ مُعاوَضةٍ تقتَضي التَّوافُقَ كما مَرَّ وإذا قبض الألفَ الزّائِدةَ فهي عندَه أمانةٌ. (ولو قال طَلِّقي نفسَك إنْ ضَمِنت لي ألفًا فقالتْ) في مَجالِسِ التَّواجُبِ كما اقتضتْه الفاءُ (طَلَّقت وضَمِنت، أو عكسَه) أي ضَمِنت وطَلَّقت (بانَتْ بألفٍ)؛ لأنّ أحدَهما شرطٌ في الآخرِ يُعْتَبَرُ اتِّصالُه به فهما قبولٌ واحدٌ فاستَوَى التقديمُ والتّأخيرُ، وبه فارَقَ ما يأتي في الإيلاءِ (وإن اقتصَرَتْ على أحدِهما) بأنْ ضَمِنَتْ، ولم تَطْلُقْ، أو عكسُه (فلا) طلاقَ لِعدمِ وجودِ المُعَلَّقِ عليهما، وليس المُرادُ بالضّمانِ هنا ما مَرَّ في بابِه؛ لأنّ ذلك عقدٌ مُستَقِلٌّ، ولا التزامَ المُبْتَدَأ؛ لأنّه لا يصحُّ إلا بالنَّذْرِ بل التزامٌ بقَبولٍ في ضِمْنِ مُعاوَضةٍ فلَزِمَ؛ لأنّه وقَعَ تبَعًا لا مقصودًا وأُلْحِقَ بذلك عكسُه، وهو إنْ ضَمِنت لي ألفًا فقد مَلَّكْتُك أنْ تُطَلِّقي نفسَك واستُشْكِلَ بما يأتي أنّ تفويضَ الطّلاقِ إليها تمليكٌ لا يقبَلُ التعليقَ ويُجابُ بما تقرّر أنّ هذا وقَعَ في ضِمْنِ مُعاوَضةٍ فقُبِلَ التعليقُ واغتُفِرَ لِكونِه وقَعَ تبَعًا لا مقصودًا بخلافِ ما يأتي ونوزِعَ في الإلحاقِ بأنّ معنى الأولى التنجيزُ أي طَلَّقْتها بألفٍ تَضْمَنُه لي والثانيةِ التعليقُ المحضُ، ونظيرُه صِحّةُ بعْتُك إنْ شِئْت دون إنْ شِئْت بعْتُك اهـ. ويُرَدُّ بأنّ الفرقَ بين هاتَين إنّما هو لِمعنًى مَرَّ في البيعِ لا يأتي هنا كيف والتعليقُ ثَمَّ مُفْسِدٌ مُطْلَقًا إلا في الأولى؛ لأنّ قبوله مُتعلِّقٌ بمَشيئَته، وإنْ لم يذكرْها، والتعليقُ هنا غيرُ مُفْسِدٍ مُطْلَقًا فاستَوَى تَقَدُّمُه وتأخُّرُهُ.

(وإذا عَلَّقَ بإعطاءِ مالِه)، أو إيتائِه، أو مَجيئِه كإنْ أعطَيْتني كذا (فوَضَعَتْه)، أو أكثرَ منه فورًا في غيرِ نحوِ متى بنفسِها، أو بوَكيلِها مع حُضورِها مختارةً قاصِدةً دَفْعَه عن جِهةِ التعليقِ (بين يَدَيْه) بحيثُ يعلَمُ به ويتمَكَّنُ من أخذِه لِعقلِه وعدمِ مانِعٍ له منه (طَلَقت) بفتحِ اللّامِ أجوَدُ من ضَمِّها، وإنْ لم يأخُذْه؛ لأنّه إعطاءٌ عُرْفًا ولهذا يُقالُ: أعطَيْتُه، أو جِئْته، أو أتَيْته به فلم يأخُذْه (والأصحُّ دخولُه في ملكِه) قهْرًا بمُجَرَّدِ الوضْعِ لِضَرورةِ دخولِ المُعَوَّضِ في ملكِها بالإعطاءِ؛ لأنّ العِوَضَين يتقارَنانِ في الملكِ (وإنْ قال: إنْ أقبَضْتني)، أو أدَّيْت، أو سلَّمْت، أو دَفَعْت إلَيَّ كذا فأنت طالِقٌ (فقيلَ كالإعطاءِ) فيما ذُكِرَ فيه.

(والأصحُّ) أنّه (كسائِرِ التعليقِ فلا يملكُه)؛ لأنّ الإقباضَ لا يقتضي التمليكَ فهو صِفةٌ محضةٌ بخلافِ الإعطاءِ يقتضيه عُرْفًا نعم، إنْ دَلَّتْ قرينةٌ على أنّ القصْدَ بالإقباضِ التمليكُ كأنْ قالتْ له قبلَ ذلك التعليقِ طَلِّقْني، أو قال فيه: إنْ أقبَضْتني كذا لِنفسي، أو لأصرِفَه في حَوائِجي كان كالإعطاءِ

ولا يُشْتَرَطُ للإقْباضِ مَجْلِسٌ. قُلْت: ويَقَعُ رَجْعيًا، ويُشْتَرَطُ لِتَحقُّقِ الصِّفةِ أَخْذٌ بيَدِه منها، ولو مُكْرَهةً، واللَّه أعْلَمُ، ولو عَلَّقَ بإعْطاءِ عبدٍ ووَصَفَه بصِفةِ سَلم فأعْطَتْه لا بالصِّفةِ لم تَطْلُقْ أو بها مَعيبًا فَلَه رَدُّه ومَهْرُ مِثْلٍ، وفي قولٍ قيمَتُه سَليمًا. ولو قال عبدًا طَلُقَتْ بعبدٍ إلّا مَغْصوبًا في الأَصَحِّ ....

فيما يُقْصَدُ به فيُعْطَى حكمَه السّابِقَ. (ولا يُشْتَرَطُ للإقباضِ مجلِسٌ) تفريعًا على عدم الملكِ؛ لأنّه صِفة محضةٌ (قُلْت ويقعُ رجعيًا) لِما تقرّر أنّ الإقباضَ لا يقتضي التمليك (ويُشْتَرَطُ لِتَحقُّقِ الصِّفة) في صيغةِ إنْ قبَضْت منك لا إنْ أقْبَضْتني على المنقولِ المعتمدِ (أخذُه) مختارًا كما هو ظاهرٌ (بيَدِه منها)، أو من وكيلِها بشرطَيْه السّابِقَين كما هو ظاهرٌ أيضًا فلا يكفي وضعُه بين يَدَيْه؛ لأنّه لا يُسَمَّى قبضًا ويُسَمَّى إقباضًا (ولو مُكْرَهةً) وحينئذٍ يقعُ الطّلاقُ رجعيًا هنا أيضًا (واللَّه أعلمُ) لِوجودِ الصِّفة، وهي القبضُ دون الإقباضِ؛ لأنّ فعلَ المُكْرَه لَغْوٌ شرعًا، ومن ثَمَّ لا حِنْثَ به في نحوِ إنْ دَخَلْت فدخلتْ مُكْرَهةً (ولو عَلَّقَ بإعطاءِ عبدٍ) مثلاً (ووَصَفَه بصِفة سلَم)، أو غيرِها ككونِه كاتبًا (فأعطته) عبدًا (لا بالصِّفة) المشروطةِ (لم تَطلُقْ) لِعدمِ وجودِ المُعَلَّقِ عليه (أو) أعطَتْه عبدًا (بها) أي الصِّفة (طَلَقت) بالعبدِ الموصوفِ بصِفة السَّلَم وبِمهرِ المثلِ في الموصوفِ بغيرِها لِفَسادِ العِوَضِ فيها بعدمِ استيفاءِ صِفة السَّلَم (وإذا بانَ) الذي وصَفَه بصِفة السَّلَم (مَعيبًا) لم يُؤَثِّرْ في وُقوعِ الطّلاقِ لِوجودِ الصِّفة لَكِنّه يتخَيَّرُ؛ لأنّ الإطلاقَ يقتضي السّلامةَ (فله) إمساكُه ولا أرشَ له. وله (رَدُّه ومهرُ مثلٍ) بَدَله بناءً على الأصحِّ أنّه مَضْمونٌ عليها ضمانَ عقدٍ لا يَدٍ (وفي قولٍ قيمَتُه سليمًا) بناءً على مُقابِلِه، وليس له طَلَبُ عبدٍ سليم بتلك الصِّفة بخلافِ ما لو لم يُعَلِّقْ بأنْ خالَعَها على عبدٍ موصوفٍ، وقَبِلَته وأحضَرَتْ له عبدًا بالصِّفة فقبضه ثمّ علم عَيْبَه فله رَدُّه وأخذُ بَدَلِه سليمًا بتلك الصِّفة؛ لأنّ الطّلاقَ وقَعَ قبلَ الإعطاءِ بالقبولِ على عبدٍ في الذِّمّةِ بخلافِ ذاك (ولو قال) إنْ أعطَيْتني (عبدًا)، ولم يَصِفْه بصِفة (طَلَقت بعبدٍ) على أيِّ صِفة كان، ولو مُدَبَّرًا لِوجودِ الاسم ولا يملكُه؛ لأنّ ما هنا مُعاوَضةٌ، وهي لا يُمْلَكُ بها مجهولٌ فوَجَبَ مهرُ المثلِ كما يأتي، واستُشْكِلَ بأنّ هذا التعليقَ إنْ كان تمليكًا لم يقعْ؛ لأنّ الملك لم يوجَدْ، أو إقباضًا وقَعَ رجعيًا، وكان في يَدِه أمانةً، وقد يُجابُ بأنّ الصّيغةَ اقتضتْ شيئَين ملكه وتَوَقُّفَ الطّلاقِ على إعطاءِ ما تملِكُه، والثاني ممكنٌ من غيرِ بَدَلٍ بخلافِ الأوّلِ فإنّه غيرُ ممكنٍ لكن له بَدَلٌ يقومُ مَقامَه فعمِلوا في كلٍّ بما يُمْكِنُ فيه حَذَرًا من إهمالِ اللّفْظِ مع ظُهورِ إمكانِ إعمالِه (إلا) قرينةٌ ظاهرةٌ على أنّه أرادَ بعبدٍ العمومَ؛ لأنّ النّكِرةَ في الإثبات. وإنْ كانت مُطْلَقة لا عامّةً يصحُّ أنْ يُرادَ بها العمومُ على أنّ النّكِرةَ في حَيِّزِ الشرطِ للعموم وحينئذٍ فلا إشكالَ أصلاً (مغصوبًا)، أو مُكاتَبًا، أو مشترَكًا، أو جانيًا تعلّقَ برَقَبَته مالٌ، أو موقوفًا، أو مَرْهونًا مثلاً والضّابِطُ مَنْ لا يصحُّ بيعُها له (في الأصحِّ) فلا تَطْلُقُ به؛ لأنّ الإعطاءَ يقتضي التمليك، وهو مُتعذِّرٌ فيما ذُكِرَ كالمغصوبِ ما دامَ مغصوبًا بخلافِ المجهولِ نعم، إنْ قال: مغصوبًا طَلَقت به؛ لأنّه تعليقٌ بصِفة حينئذٍ فيلزمُها مهرُ

وله مَهْرُ مِثْلٍ. ولو مَلَكَ طَلْقةً فَقَطْ فقالتْ طَلِّقْني ثلاثًا بألْفٍ فَطَلَّقَ الطّلْقةَ فَلَه ألْفٌ، وقيلَ ثُلُثُه.
وقيلَ إنْ عَلِمَت الحالَ فألْفٌ وإلّا فَثُلُثُهُ. ولو طَلَبَتْ طَلْقةً بألْفٍ فَطَلَّقَ بِمائةٍ وقَعَ بِمائةٍ، وقيلَ بألْفٍ، وقيلَ لا تَقَعُ، ....

المثلِ؛ لأنّه لم يُطَلِّقْ مَجّانًا، ولو أعطَتْه عبدًا لها مغصوبًا طَلَقت به؛ لأنّه بالدفعِ خرج عن كونِه مغصوبًا (وله مهرُ مثلٍ) راجعٌ لِما قبلُ إلا؛ لأنّه لم يُطَلِّقْ مَجّانًا، ولو عَلَّقَ بإعطاءِ هذا العبدِ المغصوبِ، أو هذا الحُرِّ، أو نحوِه فأعطتْه بانَتْ بمهرِ المثلِ كما لو عَلَّقَ بخمرٍ هذا كلُّه في الحُرّةِ أمّا الأمةُ إذا لم يُعَيِّنْ لها عبدًا ففيها تَناقُضٌ لهما، والأوجَه منه وُقوعُه لِمهرِ المثلِ كما لو عَيَّنَه، (ولو مَلَك طَلْقة)، أو طَلْقَتَين (فقط فقالت: طَلِّقْني ثلاثًا بألفٍ فطَلَّقَ الطّلْقة)، أو الطّلْقَتَين (فله الألفُ)، وإنْ جَهِلَت الحالَ؛ لأنّه حَصَلَ غَرَضُها من الثلاثِ، وهو البيْنونةُ الكُبْرى (وقيلَ ثُلُثُه)، أو ثُلُثاه توزيعًا للألفِ على الثلاثِ.

(وقيلَ إنْ علمت الحالَ فألفٌ وإلا فثلثُه)، أو ثُلُثاه لو طَلَّقَها نصفَ الطّلْقة فهل له سُدُسُ الألفِ أخذًا من قولِهم: لو أجابَها ببعضِ ما سألَتْه وُزِّعَ على المسئولِ، أو الكلُّ؛ لأنّ مقصودَها من البيْنونةِ الكُبْرى حَصَلَ هنا أيضًا كلٌّ مُحْتَمَلٌ، وقولُهم في التعليلِ في بعضِ المسائلِ نَظَرًا لِما أوقَعَه لا لِما وقَعَ يُؤَيِّدُ الأوّلَ وينبغي بناءُ ذلك على ما يأتي أنّ قوله: نصفَ طَلْقة هل هو من بابِ التعبيرِ بالبعضِ عن الكلِّ، أو من بابِ السِّرايةِ فعلى الأوّلِ يستَحِقُّ الألفَ؛ لأنّه عليه أوقَعَ الطّلْقة، وعلى الثاني لا؛ لأنّه لم يوقِعْ إلا بعضَها والباقي وقَعَ سِرايةً قهْرًا عليه فلا يستَحِقُّ في مُقابلَته شيئًا أمّا لو مَلَك الثلاثَ فيستَحِقُّ بواحدةٍ ثُلُثَه وبواحدةٍ ونصفٍ نصفَه كما مَرَّ وهذا مُؤَيِّدٌ لِما قُلْناه أنّه يستَحِقُّ السُّدُسَ فإنْ قُلْت القياسُ على هذا أنّه يستَحِقُّ النّصفَ؛ لأنّه لو لم يملكْ إلا طَلْقة وأوقَعَها يستَحِقُّ الكلَّ فيستَحِقُّ نصفَه بنصفِها.

قُلْت: نعم، القياسُ ذلك لولا قولُهم: الضّابِطُ أنّه إنْ مَلَك العددَ المسئولَ كلَّه فأجابَها به فله المُسَمّى، أو ببعضِه فله قِسطُه، وإنْ مَلَك بعضَ المسئولِ وتَلَفَّظَ بالمسئولِ، أو حَصَلَ مقصودُها بما أوقَعَ فله المُسَمّى، وإلا فيوزَّعُ المُسَمّى على المسئولِ ذكرَه الشيخانِ فقولُهما: وإلا إلى آخِرِه صريحٌ في أنّه ليس له في مسألَتنا إلا السُّدُسُ؛ لأنّ ما أوقَعَه لم يحصُلْ مقصودُها، وإنّما حَصَلَ بما وقَعَ، وقد عَلِمْت من كلامِهما أنّه إذا لم يحصُلْ مقصودُها يوزَّعُ على المسئولِ فحينئذٍ لم يجبْ له إلا السُّدُسُ.

(ولو طلبتْ طَلْقة بالألفِ فطَلَّقَ) بألفٍ، أو لم يذكر الألفَ طَلَقت بالألفِ، أو (بمائةٍ وقَعَ بمائةٍ). لِقُدْرَته على الطّلاقِ مَجّانًا فبِعِوَضٍ، وإنْ قلَّ أولى، وبه فارَقَ أنت طالِقٌ بألفٍ فقبِلَتْ بمائةٍ (وقيل بألفٍ) حملًا على ما سألَتْه. (وقيلَ: لا يقعُ شيءٌ) للمُخالَفة، وفي أصلِه قالتْ طَلِّقْني واحدةً بألفٍ

ولو قالتْ طَلِّقْني غَدًا بألْفِ فَطَلَّقَ غَدًا أو قبلَه بانَتْ بمَهْرِ مِثْلٍ، وقيلَ في قولٍ بالمُسَمَّى.
وإنْ قال: إذا دَخَلْت الدّارَ فأنْتِ طالِقٌ بألْفِ فَقَبِلَتْ ودَخَلْت طَلُقَتْ على الصّحيحِ بالمُسَمَّى، وفي وجْهٍ، أو قولٍ بمَهْرِ المِثْلِ.
وَيَصِحُّ اخْتِلاعُ أجْنَبِيٍّ، وإنْ كَرِهَت الزّوْجةُ ....

فقال: أنتِ طالِقٌ ثلاثًا، أو زاد ذِكْرَ الألفِ وقَعَ الثلاثُ واستَحَقَّ الألفَ أي كالجعالةِ وحَذَفَها للعلم من كلامِه بأنّ الطّلاقَ إليه فلم تَضُرَّ الزّيادةُ فيه على ما سألَتْه (ولو قالتْ طَلِّقْني غَدًا) مثلاً (بألفٍ) أو إنْ طَلَّقْتني غَدًا فلَك ألفٌ (فطَلَّقَ غَدًا، أو قبله) غيرَ قاصِدِ الابتداء (بانَتْ)، وإنْ علم بفَسادِ العِوَضِ كما لو خالَعَ بخمرٍ؛ لأنّه حَصَّلَ مقصودَها وزاد في الثانيةِ بالتعجيلِ، وإنْ نازع فيها البُلْقينيُّ (بمهرِ المثلِ) لِفَسادِ العِوَضِ بجَعْلِه سلَمًا منها له في الطّلاقِ، وهو مُحالٌ فيه لِعدمِ ثُبوته في الذِّمّةِ، والصّيغةُ بتصريحِها بتأخيرِ الطّلاقِ، وهو لا يقبَلُ التّأخيرَ من جانِبِها؛ لأنّ المُغَلَّبَ فيه المُعاوَضةُ، وبهذا فارَقت هذه قولها إنْ جاءَ الغدُ وطَلَّقْتني فلَك ألفٌ فطَلَّقَها في الغدِ إجابةً لها استَحَقَّ المُسَمَّى؛ لأنّه ليس فيه تصريحٌ منها بتأخيرِ الطّلاقِ أمّا لو قصَدَ الابتداءَ وحَلَفَ إن اتُّهِمَ، أو طَلَّقَ بعدَه فيقعُ رجعيًّا؛ لأنّها لو سألَتْه النّاجزَ بعِوَضٍ فقال قصَدْت الابتداءَ صُدِّقَ بيَمينِه فهذا أولى ولأنّه بتأخيرِه مبتدئٌ فإنْ ذكرَ مالاً اشتُرِطَ قبولُها (في قولٍ بالمُسَمَّى) واعترِضَ بأنّ الصّوابَ ببَدَلِه؛ لأنّ التّفْريعَ إنّما هو على فسادِ الخُلْعِ والمُسَمَّى إنّما يكونُ مع صحّته ويُرَدُّ بأنّ بَدَله مهرُ المثلِ فيَتَّحِدُ القولانِ فإنْ قيلَ بَدَلُه مثلُه، أو قيمَتُه قُلْنا إنّما يجبُ هذا فيما إذا وقَعَ الطّلاقُ بالمُسَمَّى ثمّ تَلِفَ وكان وجه وجوبه مع الفسادِ على خلافِ القاعِدةِ أنّ الفسادَ هنا ليس في ذاتِ العِوَضِ ولا مُقابِلِه بل في الزّمَنِ التّابعِ فلم يُنْظَرْ إليهِ.

(وإنْ قال إذا)، أو إنْ (دَخَلْت الدّارَ فأنت طالِقٌ بألفٍ فقبِلَتْ) فورًا كما أفادَتْه الفاءُ (ودخلتْ) ولو على التّراخي، وقضيّةُ ما مَرَّ في طَلَّقْت وضَمنت أنّ مثلَ ذلك ما لو دخلتْ ثمّ قبِلَتْ فورًا، وهو مُتَّجِهٌ لكن ظاهرُ كلامِ شارِحٍ أنّه لا بُدَّ من التّرتيبِ بين الدُّخولِ والقبولِ وكأنّه ظَنّ أنّ تَقَدُّمَ الدُّخولِ يُزيلُ فوْريّةَ القبولِ، وليس كذلك بل قد لا يُزيلُها (طَلَقت على الصّحيحِ) لِوجودِ المُعَلَّقِ عليه مع القبولِ طلاقًا بائِنًا (بالمُسَمَّى) لِجوازِ الاعتياضِ عن الطّلاقِ المُعَلَّقِ كالمُنَجَّزِ ويلزمُها تَسليمُه له حالاً كسائِرِ الأعواضِ المُطْلَقة، والمُعَوَّضُ تأخّرَ بالتراضي لِوُقوعِه في ضِمْنِ التعليقِ بخلافِ المُنَجَّزِ يجبُ فيه تَقارُنُ العِوَضَين في الملكِ، وقولُه: بالمُسَمَّى لا يقتضي ترجيحَ الضّعيفِ أنّه لا يجبُ تَسليمُه إلا عندَ وجودِ الصِّفة خلافًا لِمَنْ زعمَه؛ لأنه إنّما ذكرَه كذلك لإفادةِ البيْنونةِ كما قرّرْته (وفي وجهٍ، أو قولٍ بمهرِ المثلِ)؛ لأنّ المُعاوَضةَ لا تقبَلُ التعليقَ ويُرَدُّ بأنّ هذه مُعاوَضةٌ غيرُ محضةٍ. (ويصحُّ اختلاعُ أجنَبِيٍّ، وإنْ كرِهَت الزوجةُ)؛ لأنّ الطّلاقَ يستَقِلُّ به الزوجُ، والالتزامُ يتأتّى من الأجنَبِيِّ؛ لأنّ اللّهَ - تعالى - سمّى الخُلْعَ فِداءً كفِداءِ الأسيرِ، وقد يحمِلُه عليه ما يعلَمُه بينهما من الشّرِّ وهذا كالحِكْمةِ، وإلا فلو قصَدَ بنِدِّتها منه أنّه يتزوَّجُها صَحَّ أيضًا لَكِنّه يأثَمُ فيما يظهرُ بل لو أعلَمَها بذلك فسَقَ كما دَلَّ

وهو كاخْتِلاعِها لَفْظًا وحُكْمًا.

عليه الحديثُ الصّحيحُ (وهو كاختلاعِها لفظًا) أي في ألفاظِ الالتزام السّابِقة (وحكمًا) في جميعِ ما مَرَّ فهو من جانِبِ الزوجِ ابتداءُ صيغةِ مُعاوَضةٍ بشَوْبِ تعليقٍ فله الرُّجوعُ قبلَ القبولِ نَظَرًا لِشَوْبِ المُعاوَضةِ وقولُ الشّارِحِ نَظَرًا لِشَوْبِ التعليقِ وهْمٌ، ومن جانِبِ الأجنَبيِّ ابتداءُ مُعاوَضةٍ بشَوْبِ جَعالةٍ ففي طَلِّقْت امرأتي بألفٍ في ذِمَّتك فقبِلَ وطَلِّق امرأتَك بألفٍ في ذِمَّتي فأجابَه تَبينُ بالمُسَمَّى ويُستثنى من قولِه حكمًا نحوُ طَلِّقْها على ذا المغصوبِ، أو الخمرِ، أو قِنِّ زَيْدٍ هذا فيقعُ رجعيًّا وفارَقَ ما مَرَّ فيها بأنّ البُضعَ وقَعَ لها فلَزِمَها بَدَلُه بخلافِه ويُؤْخَذُ منه أنّه لو قال خالَعْتُها على ما في كفِّك فقبِلَ وهما يعلَمانِ أنّه لا شيءَ فيها فخالَعَ على ذلك وقَعَ رجعيًّا ولا شيءَ له إلا أنْ يُفَرِّقَ بأنّ فسادَ العِوَضِ جاءَ ثَمَّ من لفظه، وهو قولُه: ذا الخمرِ مثلًا المقتضي أنّه لم يَلْتَزِم له عِوَضًا لِعدمِ حُصولِ مُقابِلٍ له. وهنا لا فسادَ في لفظه بل هو لفظُ مُعاوَضةٍ صحيحٌ، وإنّما غايةُ الأمرِ أنّه لا شيءَ في كفِّه في الخارِجِ، وهذا يقتضي عدمَ البيْنونةِ ولُزومَ مهرِ المثلِ له عَمَلًا بظاهرِ الصّيغةِ ويُؤَيِّدُه ما مَرَّ أنّهم جعلوا هذا من العِوَضِ المُقَدَّرِ لا الفاسِدِ ويأتي آخِرَ التنبيه الآتي ما يُصَرِّحُ بهذا ولو خالَعَ عن زوجَتَيْ رجلٍ بألفٍ صَحَّ من غيرِ تفصيلٍ لاتِّحادِ الباذِلِ بخلافِ ما لو اختَلَعا به ويحرُمُ اختلاعُه في الحيضِ بخلافِ اختلاعِها كما سيذكرُه، ومن خُلْعِ الأجنَبيِّ قولُ أُمِّها مثلًا خالِعْها على مُؤَخَّرِ صَداقِها في ذِمَّتي فيُجيبُها فيقعُ بائِنًا بمثلِ المُؤَخَّرِ في ذِمّةِ السّائِلةِ كما هو؛ لأنّ لفظةَ مثلُ مُقَدَّرةٌ في نحوِ ذلك، وإنْ لم تُنْوَ نظيرَ ما مَرَّ في البيعِ فلو قالتْ، وهو كذا لَزِمَها ما سمَّتْه زاد، أو نَقَصَ؛ لأنّ المثليّةَ المُقَدَّرةَ تكونُ حينئذٍ من حيثُ الجُمْلةُ وبنحوِ ذلك أفتى أبو زُرْعةَ وأفتى أيضًا في والِدِ زوجةٍ خالَعَ زوجَها على مُؤَجَّلِ صَداقِها، وعلى دِرْهَمٍ في ذِمَّته فأجابَه وطَلَّقَها على ذلك بأنّه يقعُ رجعيًّا كما هو المُقَرَّرُ في خُلْعِ الأبِ بصَداقِ بنته والدِّرْهَمُ الذي في ذِمَّته لم يوقِعِ الزوجُ الطّلاقَ عليه فقط بل عليه، وعلى البراءةِ من مُنَجَّمِ صَداقِها، ولم يحصُلْ إلا بعضُ العِوَضِ وليس كالخُلْعِ بمعلومٍ ومجهولٍ حتى يجبَ ما يُقابِلُ المجهولَ من مهرِ المثلِ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ إيجابُه عليها لِعدمِ سُؤالِها، ولا على أبيها؛ لأنّه لم يسألْ بمجهولٍ له بل بمعلومٍ لهما وليس له السُّؤالُ به اهـ مُلَخَّصًا.

وهو مع ما قدَّمَه في تلك مُشْكِلٌ؛ لأنّه حَمَلَ مُؤَخَّرَ الصّداقِ في كلامِ الأُمِّ ثَمَّ على تقديرِ مثلِه حتى أوقَعَه بائِنًا بمثلِه ولم يحمِلْ مُؤَجَّلَ الصّداقِ هنا على ذلك لَكِنّه أشارَ للجوابِ بأنّ الأُمَّ لَمّا قالتْ في ذِمَّتي كان قرينةً ظاهرةً على المثليّةِ، والأبُ لَمّا لم يَقُلْ ذلك انصرف لِعَينِ الصّداقِ لا لِمثلِه، ومن ثَمَّ أفتى أيضًا فيمَنْ سألَ زوجَ بنته قبلَ الوطءِ أنْ يُطَلِّقَها على جميعِ صَداقِها والتزَمَ به والِدُها فطَلَّقَها واحتالَ من نفسِه على نفسِه لها، وهي محجورَتُه بأنّه خَلَعَ على نظيرِ صَداقِها في ذِمّةِ الأبِ بدليلِ الحوالةِ المذكورةِ نعم، شرطُ صحّةِ هذه الحوالةِ أنْ يُحيله الزوجُ به لِبنته؛ إذْ لا بُدَّ فيها من إيجابٍ وقَبولٍ ومع ذلك لا تَصِحُّ إلا في نصفِ ذلك لِسُقوطِ نصفِ صَداقِها عليه ببَيْنونَتها منه فيبقى لِلزوجِ

وَلِوَكيلِها أنْ يَخْتَلِعَ له، ولِلأَجْنَبِيِّ تَوْكيلُها فتَتَخَيَّرُ هيَ، ....

على الأبِ نصفُه؛ لأنّه سأله بنظيرِ الجميعِ في ذِمَّته فاستَحَقَّه عليه والمُستَحَقُّ على الزوجِ النّصفُ لا غيرُ فطَريقُه أنْ يسأله الخُلْعَ بنظيرِ النّصفِ الباقي لِمحجورَته لِبراءته حينئذٍ بالحوالةِ عن جميعِ دَين الزوجِ اهـ وسيُعْلَمُ مِمّا يأتي أنّ الضّمانَ يلزمُه به مهرُ المثلِ فالالتزامُ المذكورُ مثلُه، وإنْ لم توجَدْ حَوالةٌ، وما ذكرَه من الاكتفاءِ بالقرينةِ مُخالِفٌ لِما يأتي عن شيخِه البُلْقينيِّ أنّه لا بُدَّ معها من نيّةِ ذلك لكن الأوّلُ أوجَه.

(تنبيهٌ) أفْهَمَ قولُهم لفظًا من غيرِ استثناءٍ منه مع استثنائِهم من الحكمِ أنّه لو قال: إنْ أبرَأني فُلانٌ من كذا له عليَّ فأنت طالِقٌ فأبرَأه وقَعَ بائِنًا، وهو الوجه خلافًا لِمَنْ زَعم أنّه رجعيٌّ؛ لأنّه تعليقٌ محضٌ، أو لأنّ المُبْرِئَ لَمّا لم يُخاطِبْه لم يكن له رَغْبةٌ في طلاقِها، وذلك؛ لأنّ كلًّا من هذينِ التعليلينِ فاسِدٌ أمّا الأوّلُ فلأنّ كلَّ ذي ذَوْقٍ يَفْهَمُ منه أنّه مُعَلِّقٌ لِلطَّلاقِ على عِوَضٍ من الأجنبيِّ، وقد صرحوا بأنّ العِوَضَ منه كهو منها وأمّا الثاني فلأنّ قائِله لم يُحِطْ بكلامِهم في هذا البابِ الصّريحِ في أنّه لو قال: خالَعْتُ زوجَتي على ألفٍ في ذِمّةِ زَيْدٍ وكان غائِبًا فبَلَغَه فقَبِلَ وقَعَ بائِنًا به؛ لأنّ قبولَه كسُؤالِه له فيه فكذا إبراؤُه كسُؤالِه ولا بحَدِّ الخُلْعِ الصّريحِ في ذلك أيضًا، وفي الروضةِ في مَبْحَثِ نِكاحِ الشِّغارِ ما حاصِلُه مع بَيانِ الرّاجِحِ منه لو طَلَّقَ زوجَتَه على أنْ يُزَوِّجَه زَيْدٌ بنتَه، وصَداقُ بنته بُضْعُ المُطَلَّقة ففعلَ وقَعَ الطّلاقُ قال ابنُ القطّانِ بائِنًا وله مهرُ المثلِ على زَيْدٍ كما أنّ لِبنته على زوجِها مهرَ المثلِ، وهذا صريحٌ في بُطْلانِ ذَينك التعليلينِ؛ لأنّ زَيْدًا لم يسأل ولا خاطَبَ وإنّما المُطَلِّقُ رَبَطَ طلاقَ زوجَته بتزويجِ زَيْدٍ له فبِتزويجِه له جُعِلَ مختارًا لِطلاقِها ولَزِمَه مهرُ المثلِ؛ لأنّ المُطَلِّقَ لم يُطَلِّقْ إلا في مُقابِلِ يُسَلَّمُ له، وهو بُضْعُ التي تَزَوَّجَها ولم يُسَلِّم له لِما تقرّر أنّه يلزمُه لها مهرُ المثلِ فعُلِمَ أنّ قبولَ العِوَضِ الذي رَبَطَ الطّلاقَ به كسُؤالِ الزوجِ به وأنّ كلَّ تعليقٍ لِلطَّلاقِ تَضَمَّنَ مُقابَلَةَ البُضْعِ بعِوَضٍ مقصودٍ راجِعٍ لِجهةِ الزوجِ يقعُ الطّلاقُ به بائِنًا ثمّ إنْ صَحَّ العِوَضُ فيه، وإلا فبِمهرِ المثلِ على ما مَرَّ.

(ولِوَكيلِها) في الاختلاعِ (أنْ يختَلِعَ له) أي لِنفسِه ولو بالقصْدِ كما مَرَّ فيكونُ خُلْعَ أجنَبيٍّ والمالُ عليه بخلافِ ما إذا نَواها، وهو ظاهِرٌ، وما إذا أطلَقَ، وهو ما صرّح به الغزاليُّ واعتراضُ الأذرَعيِّ له بجَزْمِ إمامِه بخلافِه مَرْدودٌ بأنّ كلامَه فيما بعدُ لم يُخالِفْها فيه (ولأجنبيٍّ توكيلُها) في اختلاعِ نفسِها بما لِه، أو بمالٍ عليه، وكذا أجنَبيٌّ آخرَ فإنْ قال لها سلي زوجَك أنْ يُطَلِّقَك بألفٍ، أو لأجنَبيٍّ سلْ فُلانًا أنْ يُطَلِّقَ زوجَتَه بألفٍ اشتُرِطَ في لُزومِ الألفِ له أنْ يقولَ عليَّ بخلافِ سلْ زوجي أنْ يُطَلِّقَني على كذا فإنّه توكيلٌ، وإنْ لم تَقُلْ عليَّ ولو قال طَلِّقْ زوجَتَك على أنْ أُطَلِّقَ زوجَتي ففعلا بائنًا؛ لأنّه خُلْعٌ فاسِدٌ؛ لأنّ العِوَضَ فيه مقصودٌ خلافًا لِبعضِهم فلِكلٍّ على الآخرِ مهرُ مثلِ زوجَته وإذا وكَّلها الأجنَبيُّ في الخُلْعِ (فتَتَخَيَّرُ هي) بين أنْ تُخالِعَ عنها، أو عنه بالصّريحِ، أو النّيّةِ فإنْ أطلقت قال الأذرَعيُّ وغيرُه

ولو اخْتَلَعَ رَجُلٌ وصَرَّحَ بوَكالَتِها كاذِبًا لم تَطْلُقْ وأبوها كأَجْنَبِيٍّ فَيَخْتَلِعُ بمالِه، فإن اخْتَلَعَ بمالِها وصَرَّحَ بوَكالةٍ أو وِلايةٍ لم تَطْلُقْ، أو باستِقْلالٍ فَخُلْعٌ بمَغْصوبٍ.

فَصْلٌ

ادَّعَتْ خُلْعًا فأَنْكَرَه صُدِّقَ بيَمينِه، وإنْ قال طَلَّقْتُك بكَذا فقالتْ مَجّانًا ....

فالظّاهرُ وُقوعُه عنها قطعًا ا هـ أي نظيرَ ما مَرَّ في الوكيلِ بقَيْدِه لكن لَمّا كانت تَستَقِلُّ به إجماعًا بخلافِ الأجنَبيِّ كان جانِبُها أقوى فمن ثَمَّ قطَعوا بوُقوعِه لها هنا واختلفوا ثَمَّ كما مَرَّ وحيثُ صرّح باسم الموَكِّلِ طولِبَ الموَكِّلُ فقط ويُفَرَّقُ بينه وبين وكيلِ المشتري بأنّ العقدَ يُمكِنُ وُقوعُه له ثَمَّ لا هنا كما مَرَّ وإلا فالمُباشِرُ فإذا غَرِمَ رجع على موَكِّلِه إنْ وقَعَ الخُلْعُ عنه، وإلا فلا، (ولو اختلَعَ رجلٌ) بمالِه، أو مالِها (وصرّح بوَكالَتها كاذِبًا) عليها (لم تَطْلُقْ)؛ لأنّه مَرْبوطٌ بالتزامِ المالِ، ولم يَلْتَزِمْه هو ولا هي نعم، إن اعترفَ الزوجُ بالوكالةِ، أو ادَّعاها بانَتْ بقولِه: ولا شيءَ له (وأبوها كأجنَبيٍّ فيختَلِعُ بمالِه) يعني بمُعَيَّنٍ، أو غيرِه صَغيرةً كانت، أو كبيرةً (فإن اختلَعَ) الأبُ، أو الأجنَبيُّ (بمالِها وصرّح بوَكالةٍ) منها كاذِبًا (أو ولايةٍ) له عليها (لم تَطلُقْ)؛ لأنّه ليس بوَليٍّ في ذلك ولا وكيلٍ فيه والطّلاقُ مَربوطٌ بالمالِ، ولم يَلْتَزِمْه أحدٌ ولأنّه ليس له صَرْفُ مالِها في الخُلْعِ، ومن ثَمَّ لم يَمْتَنِعْ عليه. بموقوفٍ على مَنْ يختَلِعُ؛ لأنّها لم تملِكْه قبلَ الخُلْعِ (أو) صرّح (باستقلالٍ) كاختَلَعْتُها لِنفسي، أو عن نفسي (فخَلَعَ بمغصوبٍ)؛ لأنّه غاصِبٌ لِمالِها فيقعُ بائِنًا، وإنْ علم الزوجُ وله عليه مهرُ المثلِ ولو لم يُصَرِّحْ بأنّه عنه ولا عنها فإنْ لم يذكرْ أنّه مالُها فهو بمغصوبٍ كذلك وإلا وقَعَ رجعيًّا؛ إذْ ليس له تَصَرُّفٌ في مالِها بما ذُكِرَ كما مَرَّ فأشبَهَ خُلْعَ السّفيه كما لو قال بهذا المغصوبِ، أو الخمرِ؛ لأنّه صرّح بما مع التّبرُّعِ المقصودِ له من الخُلْعِ، ولو اختَلَعَ بصَداقِها، أو على أنّ الزوجَ بَريءٌ منه، أو قال: طَلِّقْها وأنتَ بَريءٌ منه، أو على أنّك بَريءٌ منه وقَعَ رجعيًّا، ولا يَبْرَأُ من شيءٍ منه نعم، إنْ ضَمِنَ له الأبُ، أو الأجنَبيُّ الدرْك، أو قال عليَّ ضمانُ ذلك وقَعَ بائِنًا بمهرِ المثلِ على الأبِ، أو الأجنَبيِّ قال البُلْقينيُّ، وكذا لو أرادَ بالصّداقِ مثله وثَمَّ قرينةٌ تُؤَيِّدُه كحَوالةِ الزوجِ على الأبِ وقَبولِ الأبِ لها بحكمِ أنّها تحتَ حَجْرِه فيقعُ بائِنًا بمثلِ الصّداقِ ا هـ ومَرَّ آنِفًا، وفي الحوالةِ ما له تعلُّقٌ بذلك.

فصل في الاختلافِ في الخُلْعِ، أو في عِوَضِه

لو (ادَّعَتْ خُلْعًا فأنكر) أو قال طالَ الفصلُ بين لفظَيْنا بأنْ سألَتْه الطّلاقَ بعِوَضٍ طَلَّقَها بدونِ ذِكْرِه ثمّ اختلفا فقالتْ: طَلَّقْتني مُتَّصِلًا فبنت، وقال بل مُنفَصِلًا فليَ الرّجعةُ، أو نحوَ ذلك ولا بَيِّنةَ (صُدِّقَ بيَمينِه)؛ لأنّ الأصلَ عدمُه مُطْلَقًا، أو في الوقت الذي تَدَّعيه فيه فإنْ أقامت به بَيِّنةً ولا تكونُ إلا رجلينِ بانَتْ، ولم يُطالِبْها بالمالِ؛ لأنّه يُنكِرُه مِمّا لم يُعَدَّ ويُعْترفُ به على ما قاله الماوَرْديُّ؛ لأنّ الطّلاقَ لَزِمَه، وهي مُعترِفة به، وفيه نَظَرٌ بل الذي يَتَّجِه أنّه كمَنْ أقَرَّ لِشَخْصٍ بشيءٍ فأنكره ثمّ صَدَّقَه لا بُدَّ من اعترافٍ جَديدٍ من المُقِرِّ، (وإنْ قال طَلَّقْتُك بكذا فقالتْ) لم تُطلِّقْني، أو طَلَّقْتني (مَجّانًا) أو

بانَتْ ولا عِوَضَ وإن اخْتَلَفا في جِنْسِ عِوَضِه، أو قدرِه ولا بيِّنةَ تَحالَفا ووَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ، ولو خالَعَ بألْفٍ ونَوَيا نَوْعًا لَزِمَ، وقيلَ مَهْرُ مِثْلٍ، ولو قال أرَدْنا دَنانيرَ فقالتْ بل دَراهِمَ أو فُلوسًا تَحالَفا على الأوَّلِ، ووَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ بلا تَحالُفٍ في الثّاني. واللَّهُ أعْلَمُ.

طالَ الفصلُ بين لفظي ولفظِك، أو نحوَ ذلك (بانَتْ) بإقرارِه (ولا عِوَضَ) عليها إذا حَلَفت؛ لأنَّ الأصلَ براءةُ ذِمَّتِها ما لم يُقِم شاهِدًا ويحلِفْ معه، أو تُصَدِّقْه فيَثْبُتَ المالُ وإذا حَلَفت ولا بَيِّنَةَ له وجَبَتْ نفقتُها وكِسوَتُها زَمَنَ العِدّةِ ولا يَرِثُها قال الأذرَعيُّ والزَّركشيُّ بل الظّاهرُ أنّها تَرِثُه، (وإن اختلفا) أي المُتَخالِعانِ الزوجُ، أو وكيلُه، وهي، أو وكيلُها، أو الأجنَبيُّ (في جنسِ عِوَضٍ، أو قدرِه)، أو نَوْعِه، أو صِفَتِه، أو أجَلِه، أو قدرِ أجَلِه، أو في عددِ الطّلاقِ بأنْ قالتْ طَلَّقْتني ثلاثًا بألفٍ فقال بل واحدةً بألفٍ، أو سكتَ عن العِوَضِ (ولا بَيِّنةَ) لأحَدِهِما، أو لِكلٍّ منهما بَيِّنةٌ وتعارَضَتا بأنْ أطلقَتا، أو إحداهما (تَحالَفا) كالمُتَبايِعين في كيْفيّةِ الحلِفِ ومَنْ يَبْدَأُ به، ومن ثَمَّ اشتُرِطَ أنْ يكون مُدَّعاه أكثرَ فإنْ أقامَ أحدُهما بَيِّنةً قُضيَ له (ووَجَبَ) بعدَ فسخِهِما، أو فسخِ أحدِهِما، أو الحاكِمِ للعِوَضِ (مهرُ مثلٍ)، وإنْ كان أكثرَ مِمّا ادَّعاه؛ لأنّه بَدَلُ البُضْعِ الذي تعذَّرَ رَدُّه إليه، وأمّا البينونةُ فواقعةٌ بكلِّ تقديرٍ وأثَرُ التّحالُفِ إنّما هو في العِوَضِ خاصّةً والقولُ في عددِ الطّلاقِ الواقعِ قولُه بيَمينِه، ومن ثَمَّ لو قالتْ سألتُك ثلاثًا فطَلَّقْت واحدةً فلَك ثُلُثُه فقال بل ثلاثًا فلي الألفُ طَلُقَت ثلاثًا عَمَلًا بإقرارِه وتَحْلِفُ أنّها لا تعلَمُ أنّه طَلَّقَها ثلاثًا وحينئذٍ له ثُلُثُ الألفِ نعم، إنْ أوقَعَهُنّ وقال ما طَلَّقْتها قبلُ، ولم يَطُلْ فصلٌ استَحَقَّ الألفَ.

(ولو خالَعَ بألفٍ ونَوَيا نَوْعًا)، أو جنسًا، أو صِفة (لَزِمَ)، وإنْ كان من غيرِ الغالِبِ جَعْلًا للمَنْويِّ كالملْفوظِ بخلافِ البيعِ؛ لأنّه يحتَمِلُ هنا ما لا يحتَمِلُ ثَمَّ فإنْ لم ينويا شيئًا وجَبَ مهرُ مثلٍ (وقيلَ) يلزمُ (مهرُ مثلٍ) مُطْلَقًا للجَهْلِ بالعِوَضِ (ولو قال أرَدْنا) بالألفِ التي أطلقْناها (دنانيرَ فقالتْ بل) أرَدْنا (دَراهِمَ، أو فُلوسًا)، أو قال أحدُهما أطلقْنا وقال الآخرُ عَيَّنّا نَوْعًا آخرَ (تحالَفا على الأوّلِ) المعتمدِ كما لو اختلفا في الملْفوظِ ثَمَّ يجبُ مهرُ المثلِ (ووَجَبَ مهرُ مثلٍ بلا تَحالُفٍ في) القولِ (الثاني) أمّا لو اختلفت نيَّتاهما وتَصادَقا فلا فُرْقة، وأمّا لو قال أرَدْت الدراهِمَ وقالتْ أرَدْت الفُلوسَ بلا تَصادُقٍ وتَكاذُبٍ فتَبِينُ وله مهرُ المثلِ بلا تَحالُفٍ، وأمّا لو صَدَّقَ أحدُهما الآخرَ على ما أرادَه وكذَّبَه الآخرُ فيما أرادَه فتَبِينُ ظاهِرًا ولا شيءَ له عليها لإنكارِ أحدِهِما الفُرْقة نعم، إنْ عادَ المُكذِّبُ وصَدَّقَ استَحَقَّ الزوجُ المُسَمَّى على ما مَرَّ وإذا أطلقت الدراهِمَ في الخُلْعِ المُنَجَّزِ نزلتْ على غالِبِ نَقْدِ البلَدِ، أو المُعَلَّقِ نزلتْ على الدراهِمِ الإسلاميّةِ كما مَرَّ.

(تنبية) عُلِمَ مِمّا مَرَّ ضَبْطُ مسائلِ البابِ بأنّ الطّلاقَ إمّا أنْ يقعَ بائِنًا بالمُسَمَّى إنْ صَحَّت الصّيغةُ والعِوَضُ، أو بمهرِ المثلِ إنْ فسَدَ العِوَضُ فقط، أو رجعيًّا إنْ فسَدَت الصّيغةُ، وقد نَجَّزَ الزوجُ الطّلاقَ، أو لا يقعُ أصلًا إنْ تعلَّقَ بما لم يوجَدْ فعُلِمَ أنّ مَنْ عَلَّقَ طلاقَ زوجَته بإبرائِها إيّاه من صَداقِها

لم يقعْ عليه إلا إنْ وُجِدَتْ براءةٌ صحيحةٌ من جميعِه فيقعُ بائِنًا بأنْ تكون رَشيدةً وكلٌّ منهما يعلَمُ قدرَه، ولم يَتعلَّقْ به زكاةٌ خلافًا لِما أطالَ به الرِّيميُّ أنّه لا فرقَ بين تعلُّقِها وعدمِه، وإنْ نَقَله عن المُحقِّقين ونَقَله غيرُه عن إطباقِ العُلَماءِ من المُتأخِّرين وذلك لِبُطْلانِ هذينِ النَّقْلين ولأنّ الإبراءَ لا يصحُّ من قدرِها، وقد عُلِّقَ بالإبراءِ من جميعِه فلم توجَد الصِّفة المُعَلَّقُ عليها وزعم أنّ الظّاهرَ أنّه إنّما يقصِدُ براءةً مِمّا تَستحِقُّه هي ليس في مَحلِّه بل الظّاهرُ أنّه يقصِدُ براءةَ ذِمَّته من جميعِ ما فيها؛ إذْ لو علم أنّ مُستحِقّي الزّكاةِ يَتعلَّقون به بعدَ الطّلاقِ لم يوقِعْه وكثيرون يَغْفُلون النَّظَرَ لهذا فيقعون في مَفاسِدَ لا تُحْصَى، وفي فتاوَى أبي زُرْعةَ في إنْ أبرَأْتني من صَداقِك عليَّ فأنت طالِقٌ فقالتْ له أبرَأْتُك يُشْتَرَطُ علمُهما وأنْ تُريدَ الإبراءَ من الصّداقِ المُعَلَّقِ به فحينئذٍ يقعُ بائِنًا فإنْ قالتْ لم أُرِدْ ذلك لم يقع اهـ. والذي يظهرُ أنّ الشرطَ عدمُ الصّارِفِ لا قصْدُ ما ذكرَه؛ لأنّ الجوابَ مُنَزَّلٌ على السُّؤالِ كما صرحوا به ولو عُلِّقَ بالإبراءِ تَناوَلَ الإبراءَ عن الغيرِ وكالةً كما لو حَلَفَ لا يَبيعُ يحنَثُ ببيعِه عن غيرِه وكالةً ولو طُلِبَ منها الإبراءُ فأبرَأَته براءةً فاسِدةً فنَجَّزَ الطّلاقَ وزعم أنّه إنّما أوقَعَه لِظَنِّه صحّةَ البراءةِ لم يُقْبل على ما فيه مِمّا يأتي ولو قالتْ جعلْت مهري على تمام طلاقي كان كِنايةً في الإبراءِ كما قاله بعضُهم وكأنّه لم ينظُرْ لِما فيه من تعليقِ الإبراءِ المُبْطِلِ له؛ لأنّ المدارَ في الكِنايةِ على النّيّةِ والفرضُ أنّها لم تنوِ التعليقَ نظيرُ ما مَرَّ آنِفًا في بَذَلْت صَداقي على طلاقي ونَظائِرِه، ولو قال إنْ أبرَأْتني من آخِرِ أقساطٍ من صَداقِك كان لفظُه مُحتَمَلًا فإنْ جعلَ من الثانيةِ بَيانيّةً اشتُرِطَ إبراؤُه من القِسطِ الأخيرِ، أو تبعيضيّةً اشتُرِطَ إبراؤُه من الثلاثةِ الأخيرةِ لِضَرورةِ أنّ أقَلَّ الجمعِ ثلاثةٌ مع كونِ لفظِ الآخرِ حَقيقة في القِسطِ الأخيرِ والضّرورةُ تَتَقَدَّرُ بقدرِها فإنْ أطلقَ فالأوجَه الأوّلُ والأحوَطُ الثاني قاله بعضُهم، وفيه نَظَرٌ ظاهِرٌ؛ إذْ لا فرقَ بين البيانِ والتّبْعيضِ هنا عَمَلًا بقضيّةِ من آخرَ الدّالِّ على أنّ المطلوبَ الإبراءُ من الآخرِ حَقيقة فلْيتقيَّد الوُقوعُ به لا غيرُ ولو قال أبرِئيني وأُعطيك كذا فأبرَأَته فلم يُعْطِها فأفتى ابنُ عُجَيْلٍ وإسماعيلُ الحضْرَميُّ بعدم صحّةِ البراءةِ.

وتَبِعَهما أبو شُكَيْلٍ فقال حيثُ حَصَلَ بينهما موَطَّأةٌ، أو تَواعُدٌ، ولم يَفِ بالوعْدِ لم يصحَّ الإبراءُ وغيرُه فقال ما قالاه هو المعتمدُ؛ لأنّ معنى قولِها أبرَأْتُك أي بما وعَدْت وأيّدَه بعضُهم أيضًا بما في فتاوَى الأصبَحيِّ أنّ مَنْ عَلَّقَ الطّلاقَ بما يقتضي الفوْريّةَ فأبرَأَته لا فوْرًا ظانّةً أنّها طَلَقَت لم تَصِحّ البراءةُ كما أفتى به القاضي حُسيْنٌ، وهو كما أفتى أخذًا من نَظائِرِها في الصُّلْحِ اهـ.

قال بعضُهم وظَنُّها حُصولَ الطّلاقِ يُرَجِّحُ أنّ مُرادَها أبرَأْتُك في مُقابَلةِ طَلاقي فتَلْغو البراءةُ عندَ انتفائِه وهذا كلُّه مُنازَعٌ فيه بأنّه لا نَظَرَ إلى المواطَاةِ والوعْدِ كسائِرِ العُقودِ وهذا هو القياسُ فلْيكن الأوجَه صحّةَ البراءةِ مُطْلَقًا في المسألَتَين؛ إذْ لا عبرةَ عندَ الإتيانِ بصريحِها بنيّةِ كونِها في مُقابَلةِ الوعْدِ، أو الطّلاقِ وليس هذا بأولى من مواطَاةِ المُحَلِّلِ على الطّلاقِ ووَعْدِه به؛ إذْ قولُها أبرَأْتُك ناويةً ذلك كقولِ الوليِّ زَوَّجْتُك ناويًا ذلك فكما لم ينظُروا لِلنّيّةِ ثَمّ بل عَمِلوا بالصّريحِ المُخالِفِ لها فكذلك هنا بل أولى؛ لأنّ النّكاحَ يُحْتاطُ له ما لا يُحْتاطُ للإبراءِ وبهذا يظهرُ أنّ الوجهَ في قولِه أنت

طالِقٌ بعدَ قولِها بَذَلْت صَداقي على صحّةِ طلاقي وُقوعُه رجعيًّا وإنْ ظَنّ أنّ ما جَرى منها التماسٌ لِلطَّلاقِ بعِوَضٍ صحيحٍ لِما تقرّر أنّه لا عبرةَ مع الصّريحِ بظَنٍّ يقتضي خلافَه، وبه يُرَدُّ على مَنْ زعم حالةَ ظَنِّ التماسِها المذكورِ أنّه لا يقعُ؛ لأنّ جوابَه يُقَدَّرُ فيه إعادةُ ذِكْرِ العِوَضِ فكأنّه قال أنت طالِقٌ على العِوَضِ المذكورِ ولو قال ذلك لم تَطْلُقْ؛ إذْ لا عِوَضَ هنا صحيحٌ ولا فاسِدٌ ا هـ.

ومَرَّ ماله تعلُّقٌ بذلك فراجِعْه، وإنّما قُدِّرَ الثمَنُ المذكورُ في اللّفْظِ بعدَه في نحوِ البيعِ؛ لأنّ الجوابَ لا يستَقِلُّ به قائِلُه لِتَوَقُّفِ الصِّحّةِ على اللّفْظَين بخلافِ هنا؛ لأنّه يستَقِلُّ بالطّلاقِ، وهي تَستَقِلُّ بالإبراءِ فلم يحتج لِذلك التقديرِ على أنّ ذِكْرَ الثمَنِ ثَمَّ وقَعَ في صيغةٍ صحيحةٍ مُلْزِمةٍ وذِكْرُ مُقابِلِ البراءةِ، أو الطّلاقِ لم يقعْ هنا كذلك فلم يُنْظَرْ إليه ولا إلى القرينةِ القاضيةِ به؛ لأنّها لا تُؤَثِّرُ في الفاسِدِ حتى تقلِبَه صحيحًا، وإنّما تُؤَثِّرُ في صَرْفِ الصّحيحِ عن قضيّته إذا قويَتْ بحيثُ صارتْ تلك الصّيغةُ مع النّظَرِ لِتلك القرينةِ يتبادَرُ منها صَرْفُها لها عن موضِعِها كما لو قال طَلَّقْت ثمّ قال ظَنَنْت أنّ ما جَرى بيننا طلاقٌ وقد أفتيت بخلافِه فإنّه إنْ وقَعَ بينهما خِصامٌ قبلَ ذلك في طَلَّقْت أهو صريحٌ أم لا كان ذلك قرينةً ظاهرةً على صِدْقِه فلا يحنَثُ، وإلا حَنِثَ ويأتي قريبًا أنّ القرينةَ المُخالِفة لِوَضْعِ اللّفْظِ لَغْوٌ فلا يُنافي ما هنا؛ لأنّ ذاك في قرينةٍ لفظيّةٍ. وما هنا في قرينةٍ حاليّةٍ فاندَفع ما لِبعضِهم هنا وليس هذا كمَنْ أقَرَّ بطلاقٍ، أو عتقٍ مع قرينةٍ؛ لأنّ الإقرارَ لِكونِه إخبارًا عن حَقٍّ سابِقٍ تُؤَثِّرُ فيه القرينةُ ما لا تُؤَثِّرُ في الإنشاءِ ولو قال أنت طالِقٌ إنْ أخَّرْت دَيْنَك إلى آخِرِ السّنةِ لم تَطْلُق الآنَ مَضَت السّنةُ، ولم تُطالِبْه؛ إذِ المُرادُ بالتّأخيرِ التزامُه لا مُجَرَّدُ قولِها أخَّرْت خلافًا لابنِ الصّلاحِ فإنْ أرادَ بالتّأخيرِ صَيْرورتَه مُؤَجَّلًا فأجّلَتْه بالنّذْرِ وقَعَ وإلا فلا وزَعْمُ أنّه بالنّذْرِ لا يُسَمّى تأجيلًا ممنوعٌ ولو قال إنْ أبرَأْتني من مهرِك، وهو عَشَرةٌ فأبرَأَتْه منه فبانَ أقَلَّ مِمّا ذكرَه، أو أكثرَ فالذي يظهرُ الوُقوعُ في الأولى؛ لأنّ الشرطَ علمُهما، وقد صرحوا بأنّ الإبراءَ من الأكثرِ يستَلْزِمُه من الأقَلِّ فصار لِشُمولِ كلامِه له كأنّه يعلَمُه دون الثانيةِ؛ لأنّه حينئذٍ جاهِلٌ به ومع جَهْلِه به لا وُقوعَ؛ لأنّ الطّلاقَ بالإبراءِ مُعاوَضةٌ، وهي لا بُدَّ فيها من علمِهما بالعِوَضِ وإطلاقُ الوُقوعِ هنا، أو عدمُه غَلَطٌ فاحذَرْه ومسألةُ، وهو ثمانون السّابِقة غيرُ هذه فتأمّلْه ولو كان لها في ذِمَّته معلومٌ ومجهولٌ فقال إنْ أبرَأْتني من جميعِ ما في ذِمَّتي فأنت طالِقٌ فأبرَأَتْه من المعلومِ وحدَه، أو منهما فقياسُ ما مَرَّ عن القاضي حُسيْنٍ أنّه لا يَبْرَأُ عن المعلومِ؛ لأنّها إنّما أبرَأَتْ في مُقابَلةِ الطّلاقِ، ولم يقعْ وقياسُ ما مَرَّ عن غيرِه البراءةُ ويأتي ذلك فيما لو طَلَّقَها ثلاثًا عَلَّقَ طلاقَها بالإبراءِ فأبرَأَتْه ظانّةً أنّها في عِصْمَتِه.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الطّلاقِ

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ الطّلاقِ

هو لُغةً حَلُّ القيْدِ وشرعًا حَلُّ قيْدِ النّكاحِ باللّفظِ الآتي والأصلُ فيه الكِتابُ والسُّنّةُ، وإجماعُ الأُمّةِ بل سائرُ المِلَلِ، وهو إمّا واجبٌ كطلاقِ مولٍ لم يُرِد الوطءَ وحَكَمَين رَأياه أو مَنْدوبٌ كأنْ يعجِزَ عن القيامِ بحُقوقِها ولو لِعدمِ الميْلِ إليها أو تكون غيرَ عَفيفة ما لم يخشَ الفُجورَ بها ومن ثَمّ أمَرَ ﷺ مَنْ قال له إنّ زوجَتي لا تَرُدُّ يَدَ لامِسٍ أي لا تمنَعُ مَنْ يُريدُ الفُجورَ بها على أحدِ أقوالٍ في معناه بإمساكِها خَشْيةً من ذلك.

ويَلْحَقُ بخَشْيةِ الفُجورِ بها حُصولُ مَشَقة له بفِراقِها تُؤَدّي إلى مُبيحِ تَيَمُّم وكونُ مَقامِها عندَه أمنَعَ لِفُجورِها فيما يظهرُ فيهما أو سيِّئةَ الخُلُقِ أي بحيثُ لا يُصْبَرُ على عِشْرَتها عادةً فيما يظهرُ، وإلا فمتى توجَدُ امرَأةٌ غيرُ سيِّئةِ الخُلُقِ وفي الحديثِ «المرأةُ الصّالحةُ في النّساءِ كالغُرابِ الأعصَمِ»[(١)] كِنايةٌ عن نُدْرةِ وجودِها إذِ الأعصَمُ، وهو أبيَضُ الجناحَين وقيلَ الرِّجْلينِ أو إحداهما كذلك أو يأمُرَه به أحدُ والِدَيْه أي من غيرِ نحوِ تعنُّتٍ كما هو شَأنُ الحمقَى من الآباءِ والأُمَّهات ومع عدمِ خوفِ فتنةٍ أو مَشَقة بطلاقِها فيما يظهرُ أو حرامٌ كالبِدْعيِّ أو مَكْروهٌ بأنْ سلِمَ الحالُ عن ذلك كلِّه للخبرِ الصّحيحِ «ليس شيءٌ من الحلالِ أبغَضَ إلى اللّه من الطّلاقِ»[(٢)]، وفي رواية صحيحة «أبغَضَ إلى اللّه من الطّلاقِ»[(٣)]، وإثباتُ بُغْضِه تعالى له المقصودُ منه زيادةُ التنفيرِ عنه لا حَقيقَتُه لِمُنافاتها لِحِلِّه ومن ثَمَّ قالوا ليس فيه مُباحٌ لكن صَوَّرَه الإمامُ بما إذا لم يشتَهِها أي شهوةً كامِلةً لِئَلّا يُنافيَ ما مَرَّ في عدمِ الميْلِ إليها ولا تَسَمُّحِ نفسِه بمُؤْنَتها من غيرِ تَمَتُّعٍ بها، وأركانُه زوجٌ وصيغةٌ وقَصْدٌ على ما يأتي فيه ومَحَلٌّ وولايةٌ عليه.

---

(١) [ضعيف] أخرجه: الطبراني في (المعجم الكبير) [٨/ ٢٠١]، من حديث: أبي أمامة رضي الله عنه.
قلتُ: حديث ضعيف. ينظر: (السلسلة الضعيفة) للألباني [رقم/ ٢٨٠٢].

(٢) [سنده ضعيف] أخرجه: البيهقي في (السنن الكبرى) [٧/ ٣٢٢]، من طريق: يحيى بن بكير عن معرف بن واصل عن محارب بن دثار به مرسلاً.
قلتُ: سنده ضعيف.

(٣) [ضعيف] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٢١٧٨]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ٢٠١٨]، والبيهقي في (السنن الكبرى) [٧/ ٣٢٢]، وغيرهم من حديث: ابن عمر رضي الله عنهما.
قلتُ: حديث ضعيف. وينظر: (ضعيف الترغيب والترهيب) للألباني [رقم/ ١٢٣٧].

يُشْتَرَطُ لِنُفوذِه التَّكْليفُ إلّا السّكْرانَ، وَيَقَعُ بصَريحِه بلا نيّةٍ، وبِكِنايةٍ بنيّةٍ، ....

(يُشْتَرَطُ لِنُفوذِه) أي لِصحّةِ تنجيزِه أو تعليقِه كونُه من زوجٍ أمّا وكيلُه أو الحاكِمُ في المولي فلا يصحُّ منهما تعليقُه، ويُعْلَمُ هذا مِمّا قدَّمَه أوّلَ الخُلْعِ ومِمّا سيذكرُه أنّه لا يصحُّ تعليقُه قبلَ النّكاحِ و(التّكْليفُ) فلا يصحُّ تعليقٌ ولا تنجيزٌ من نحوِ صَبيٍّ ومجنونٍ ومُغْمًى عليه ونائمٍ لِرَفْعِ القلَمِ عنهم لكن لو عَلَّقَه بصِفة فوُجِدَتْ وبه نحوُ جُنونٍ وقَعَ، والاختيارُ فلا يقعُ من مُكْرَهٍ كما سيذكرُه (إلا السّكْرانَ)، وهو مَنْ زالَ عقلُه بمُسكِرٍ تعدّيًا، وهو المُرادُ به حيثُ أُطلِقَ وسيذكرُ أنّ مثله كلُّ مَنْ زالَ عقلُه بما أثِمَ به من نحوِ شَرابٍ أو دَواءٍ فإنّه يقعُ طلاقُه مع عدمِ تَكْليفِه على الأصحّ أي مُخاطَبَته حالَ السُّكْرِ لِعدمِ فهْمِه الذي هو شرطُ التّكْليفِ ونُفوذُ تَصرُّفاته له وعليه الدّالُّ عليه إجماعُ الصّحابةِ ﵃ على مُؤاخَذَته بالقذفِ من بابِ خِطابِ الوضْعِ، وهو رَبْطُ الأحكام بالأسبابِ تَغْليظًا عليه؛ لِتعدّيه، والحَقَ ما له بما عليه طَرْدُ اللُّبابِ وبه ينْدَفِعُ ما لِبعضِهم هنا من إيرادِ النّائمِ والمجنونِ على أنّ خِطابَ الوضْعِ قد لا يَعُمُّهما كَكونِ القتلِ سبَبًا للقِصاصِ، والنّهيُ في ﴿لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ﴾ [النساء: ٤٣] لِمَنْ في أوائلِ النّشْأةِ لِبَقاءِ عقلِه فليس من مَحَلِّ الخلافِ بخلافِ مَنْ زالَ عقلُه سواءٌ أصار زِقًّا مَطْروحًا أم لا، ومَنْ أطلقَ عليه التّكْليفَ أرادَ أنّه بعدَ صَحْوِه مُكلَّفٌ بقَضاءِ ما فاتَه أو أنّه يَجْري عليه أحكامُ المُكلَّفين، وإلا لَزِمَ صحّةُ نحوِ صلاته وصومِه، ويُعْلَمُ مِمّا مَرَّ أوائِلَ الصّلاةِ أنّه لو اتَّصَلَ جُنونٌ لم يتوَلَّدْ عن السُّكْرِ به وقَعَ عليه المُدّةَ التي ينتَهي إليها السُّكْرُ غالِبًا.

(ويقعُ) الطّلاقُ (بصريحِه)، وهو ما لا يحتَمِلُ ظاهرُه غيرَ الطّلاقِ ومن ثَمَّ وقَعَ إجماعًا واختلف المُتأخّرون في تالِقٍ بالتّاءِ بمعنى طالِقٍ والأوجه أنّه إنْ كان من قوْمٍ يُبْدِلون الطّاءَ تاءً واطَّرَدَتْ لُغَتُهم بذلك كان على صَراحته وإلا فهو كِنايةٌ؛ لأنّ ذلك الإبدالَ له أصلٌ في اللُّغةِ، ويُؤَيِّدُه إفتاءُ بعضِهم فيمَنْ حَلَفَ لا يأكلُ البيْظَ بالظّاءِ المُشالةِ بأنّه يحنَثُ بنحوِ بَيْضِ الدّجاجِ إنْ كان من قوْمٍ ينطِقون بالمُشالةِ في هذا أو نحوِه وليس من هذا قولُ قوْم طَلْقة بفتحِ اللّامِ لا أفْعَلُ كذا بل هو لَغْوٌ كما هو ظاهرٌ كطالِقٍ لا أفْعَلُ كذا بل أولى بخلافِ عليَّ طَلْقة لا أفْعَلُ كذا فإنّ الظّاهرَ أنّه كِنايةٌ (بلا نيّةٍ) لإيقاعِ الطّلاقِ من العارِفِ بمَدْلولِ لفظه فلا يُنافيه ما يأتي أنّه يُشْتَرَطُ قصْدُ لفظِ الطّلاقِ لِمعناه فلا يكفي قصْدُ حُروفِه فقط كأنْ لَقَّنَه أعجميٌّ لا يعرفُ مَدْلوله فقَصَدَ لفظَه فقط أو مع مَدْلولِه عندَ أهلِه وسيُعْلَمُ من كلامِه أنّ الإكْراهَ يَجْعَلُ الصّريحَ كِنايةً (وبِكِنايةٍ)، وهي ما يحتَمِلُ الطّلاقَ وغيرَه، وإنْ كان في بعضِها أظهرَ كما قاله الرّافِعيُّ (مع النّيّةِ) لإيقاعِه ومع قصْدِ حُروفِه أيضًا فإنْ لم ينوِ لم يقعْ إجماعًا سواءٌ الظّاهرةُ المقترِنُ بها قرينةٌ كأنت بائِنٌ بَيْنونةً مُحرَّمةً لا تَحْلّين لي أبدًا وغيرِها كلَست بزوجَتي إلا إنْ وقَعَ في جوابِ دعوَى فإقرارٌ به، وإنّما أفادَ ضَمَّ صَدَقة لاتِّباعِ لِتَصدَّقْتُ صَراحتَه في الوقفِ؛ لأنّ صَرائِحَه لا تنحَصِرُ بخلافِ الطّلاقِ، وأيضًا فبَيْنونةٌ إلى آخِرِه يأتي في غيرِ الطّلاقِ كالفسخِ بخلافِ لاتِّباعِ لا يأتي في غيرِ الوقفِ وقد يُؤْخَذُ من ذلك ما بحثه ابنُ الرِّفعةِ أنّ السّكْرانَ لا ينفُذُ طلاقُه بها

فَصَريحُه الطَّلاقُ وكذا ....

لِتوَقُّفِه على النّيَّةِ، وهي مُستَحيلةٌ منه فمَحَلُّ نُفوذِ تَصَرُّفِه السّابِقِ إنّما هو بالصّرائِحِ فقط، ولَك أنْ تقولَ شرطُ الصّريحِ أيضًا قصْدُ لفظه مُطْلَقًا أو لِمعناه كما تقرّر، والسّكْرانُ يستَحيلُ عليه قصْدُ ذلك أيضًا فكما أوقَعوه به ولم ينظُروا لِذلك فكذا هي وكونُها يُشْتَرَطُ فيها قصْدانِ وفيه قصْدٌ واحدٌ لا يُؤَثِّرُ؛ لأنّ المُلاحَظَ أنّ التّغْليظَ عليه اقتضى الوُقوعَ عليه بالصّريحِ من غيرِ قصْدٍ، وهذا بعَينه موجودٌ فيها فاتّجه إطلاقُهم لا ما بحثه، وإنْ أقرّوه إلا أنْ يُجابَ بأنّ الصّريحَ موقَعٌ ظاهرًا بمُجَرَّدِ لفظه من غيرِ استفْصالٍ ولا تَحَقُّقِ قصْدٍ بخلافِ الكِنايةِ لا بُدَّ فيها من تَحَقُّقِ القصْدِ فافْتَرَقا، وشرطُ وُقوعِه بصريحٍ أو كِنايةٍ رَفْعُ صوته بحيثُ يُسمِعُ نفسَه لو كان صحيحَ السّمْعِ ولا عارِضَ ولا يقعُ بغيرِ لفظٍ عندَ أكثرِ العُلَماءِ، ورَأى مالِكٌ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وُقوعَ النّفْسانيِّ.

(تنبيهٌ) أطلقوا في لَست بزوجَتي الذي ليستْ في جوابِ دعوَى أنّه كِنايةٌ فشَمِلَ إنْ فعلْت كذا فلَست بزوجَتي وعليه فإنْ نَوَى معنى فأنت طالِقٌ الذي هو إنْشاءُ الطّلاقِ عندَ وجودِ المُعَلَّقِ عليه وقَعَ، وإلا فلا، ويوَجَّه بأنّ نفيَ الزوجيّةِ في هذا التّركيبِ قد يُرادُ به النّفيُ المُتَرَتِّبُ على الإنشاءِ الذي نَواه وقد يُرادُ به نفيُ بعضِ آثارِ الزوجيّةِ كتركِ إنْفاقِها أو وطْئِها فاحتاجَ لِنيّةِ الإيقاعِ، ومثلُه إنْ فعلْت كذا ما أنت لي بزوجةٍ أو ما تكونين لي زوجةً لاحتمالِه لِذَينك، والفرقُ أنّ هذا اشتُهِرَ في إرادةِ الطّلاقِ بحيثُ لا تفهَمُ العامّةُ منه إلا ذلك بخلافِ الأوّلِ مُجَرَّدُ دعوَى على أنّ قائِله غَفَلَ عمّا يأتي أنّ الاشتهارَ ليس له دَخْلٌ إلا على الضّعيفِ الآتي ثمّ رأيت البُلْقينيَّ أفتى في إنْ شَكاني أخوك لَست لي بزوجةٍ بأنّه إنْ قصَدَ أنّها طالِقٌ عندَ حُصولِ الشّكْوَى طَلُقت أو أنّه يُطَلِّقُها فإنْ نَوَى الفوْريّةَ ففاتَتْ طَلُقت، وإلا لم تَطْلُقْ إلا باليأسِ انتهى مُلَخَّصًا وهو صريحٌ فيما ذكرْته أنّه كِنايةٌ وبه كالذي قبله تبَيَّنَ وهْمُ إفتاءِ بعضِهم في: فما تصلُحين لي زوجةً بإطلاقِ الحِنْثِ والصّوابُ قولُ شيخِه الفتَى إنْ نَوَى الطّلاقَ طَلُقت، وإلا فلا كلَست بزوجَتي نعم، نُقِلَ عنهما في ما عادَ زوجُ بنتي يكونُ زوجًا لها أنّهما أطلقا الحِنْثَ كما أطلقَه الثاني في ما عادَ تكونين لي بزوجةٍ والذي يُتَّجَه أنّه كِنايةٌ؛ لأنّ لفظَ عادَ وقَعَتْ زائِدةً ومَرَّ في هذه بدونِها أنّها كِنايةٌ، وأمّا زَعْمُ أنّ زيادةَ عادَ توجِبُ الصّراحةَ فلا يخفى بُعْدُه بل شُذوذُه وعَجيبٌ قولُ الفتَى ما عادَ يكونُ زوجًا لها معناه إنْ بَقِيَ لها زوجًا انتهى فتأمّلْه.

(وصريحُه الطّلاقُ) أي ما اشتُقَّ منه إجماعًا (وكذا) الخُلْعُ والمُفاداةُ وما اشتُقَّ منهما على ما مَرَّ فيهما، ولو قال خالَعْتكِ على مذهبِ أحمَدَ ووُجِدَتْ شُروطُ الخُلْعِ الذي يكونُ فسخًا بها عندَه لم يكن ذلك قرينةً صارِفةً لِصَراحةِ الخُلْعِ في الطّلاقِ عندَنا خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه وفارَقَ ما يأتي في أنت طالِقٌ، وهو يُحِلُّها من وثاقٍ بابه استعمَلَ اللّفْظَ حينئذٍ في معناه اللُّغَويِّ فلم يَصْرِفْه عن مَدْلولِه بالكلّيّةِ بخلافِه هنا فهو كأنت طالِقٌ طلاقًا لا يقعُ فعُلِمَ أنّ القرينةَ المُخالِفةَ لِوَضْعِ اللّفْظِ لَغْوٌ كقولِه لِموطوءَته أنت طالِقٌ طلاقًا بائِنًا تملِكين به نفسَك فإنّه مع ذلك يقعُ رجعيًّا ولا نَظَرَ لِقولِه بائِنًا إلى آخِرِه لِمُخالفته

الفِراقُ والسّراحُ على المشْهورِ كَطَلَّقْتُك وأنْتِ طالِقٌ ومُطَلَّقةٌ ويا طالِقُ، ....

لِموضوعِ الصّيغةِ من كلِّ وجهٍ على أنّ قوله على مذهبِ أحمَدَ غيرُ قرينةٍ إذِ الفسخُ والطّلاقُ مُتَّحِدانِ في أنّ كلًّا فيه حَلُّ قَيْدِ العِصْمةِ وتَرَتُّبُ عدمِ نحوِ نَقْصِ العددِ، وسُقوطِ المهرِ قبلَ الوطءِ على الفسخِ فقط لا يُنافي ذلك؛ لأنّه أمرٌ خارجٌ عن المدلولِ وكذا (الفِراقُ والسّراحُ) بفتحِ السّينِ أي ما اشْتُقَّ منهما (على المشهورِ) لاشتهارِهما في معنى الطّلاقِ ووُرودِهما في القُرآنِ مع تَكرُّرِ الفِراقِ فيه، وإلحاقُ ما لم يتكرَّرْ بما تَكرَّرَ وما لم يَرِدْ من المُشْتَقّات بما ورَدَ؛ لأنّه بمعناه قال في الاستذْكارِ عن ابنِ خيرانِ ومَحَلُّ هذينِ فيمَنْ عَرَفَ صَراحَتَهما أمّا مَنْ لم يعرِفْ إلا الطّلاقَ فهو الصّريحُ في حَقِّه فقط قال الأذرَعيُّ، وهو ظاهرٌ لا يُتَّجه غيرُه إذا عُلِمَ أنّ ذلك مِمّا يخفى عليه انتهى وهو مُتَّجَهٌ في نحوِ أعجميٍّ لا يدري مَدْلولَ ذلك ولم يُخالِطْ أهله مُدّةً يُظَنُّ بها كذِبُه، وإلا فجَهْلُه بالصّراحةِ لا يُؤَثِّرُ فيها لِما يأتي أنّ الجهْلَ بالحكمِ لا يُؤَثِّرُ، وإنْ عُذِرَ به وذكرَ الماوَرْديُّ أنّ العبرةَ في الكُفّارِ بالصّريحِ والكِنايةِ عندَهم لا عندَنا؛ لأنّا نعتبر اعتقادَهم في عُقودِهم فكذا في طلاقِهم ومَحَلُّه إنْ لم يترافَعوا إلينا كما مَرَّ بما فيه قُبَيْلَ فصلِ أسلَمَ وتحتَه أكثرُ من أربَعٍ، ولِلفظِ الطّلاقِ وما اشتُقَّ منه أمثِلةٌ تأتي نَظائِرُها في البقيّةِ (كطَلَّقْتُكِ) وطَلَقت منه بعدَ أنْ قيلَ له طَلِّقْها ومنها بعدَ طَلِّقي نفسَك، وكطَلَّقت هنا الطّلاقُ لازِمٌ لي وطالِقٌ بعدَ إنْ فعلْت كذا فزوجَتُك طالِقٌ، ويأتي قريبًا ما يُعْلَمُ منه الفرقُ بين هذا، وأنت واحدةٌ بخلافِ طالِقٍ فقط أو طَلُقت فقط ابتداءً فإنّه لا يقعُ به شيءٌ، وإنْ نَواها كما نَقَلاه عن قطعِ القفّالِ، وأقَرّاه أي؛ لأنّه لم يسبِقْ قرينةٌ لفظيّةٌ تربطُ الطّلاقَ بها (وأنت) طَوالِقُ لَكِنّه صريحٌ في طَلْقةٍ واحدةٍ فقط كأنت كلُّ طالِقٍ أو نصفُ طالِقٍ، وأنت (طالِقٌ)، وإنْ قال ثلاثًا على سائِرِ المذاهِبِ فيقعْنَ وِفاقًا لابنِ الصّبّاغِ وغيرِه وخلافًا للقاضي أبي الطّيِّبِ ولا نَظَرَ لِكونِه لا يقعُ على سائِرِ المذاهِبِ؛ لأنّ منها مَنْ يمنعُ وُقوعَ الثلاثِ جُمْلةً؛ لأنّ قائِليه لا يُريدون به إلا المُبالَغةَ في الإيقاعِ ومن ثَمَّ لو قصَدَ أحدَ التعليقَ عليها قُبِلَ منه كما يأتي (ومُطَلَّقة) بتَشْديدِ اللّامِ ومُفارَقة ومُسَرَّحةٌ (ويا طالِقُ) لِمَنْ ليس اسمُها ذلك كما سيذكرُه، ويا مُفارَقة، ويا مُسَرَّحةٌ، وأوقَعْتُ عليك طَلْقة أو الطّلاقَ وكذا وضَعْت عليك طَلْقة أو الطّلاقَ على الأوجَه وعلى الطّلاقِ خلافًا لِكثيرين وكذا قولُه: الطّلاقُ يلزمُني أو طلاقُك لازِمٌ لي أو واجبٌ عليَّ لا أفْعَلُ كذا على المنقولِ المعتمدِ كذا أطلقوه كما أطلقوا أنّ بالطّلاقِ أو والطّلاقِ لا أفْعَلُ أو ما فعلْت كذا لَغْوٌ وعَلَّلوه بأنّ الطّلاقَ لا يُحْلَفُ به لَكِنّهم في نظيرِ ذلك الآتي في النّذْرِ، وهو العتقُ يلزمُني أو والعتقِ لا أفْعَلُ أو ما فعلْت كذا ذكروا ما قد يُخالِفُ ما هنا، وعندَ تأمُّلِ ما يأتي ثمّ إنّ العتقَ لا يُحْلَفُ به إلا عندَ التعليقِ أو الالتزام أو نيّةِ أحدِهما يُعْلَمُ أنّه لا مُخالَفة فتأمّلْه ولا تَغْتَرَّ بمَنْ بحث جَرَيانَ ما هناك هنا إذْ يلزمُ عليه أنّ الطّلاقَ يلزمُني لا أفْعَلُ كذا يكونُ حكمُه كالعتقِ يلزمُني لا أفْعَلُ كذا وليس كذلك، ويُفَرَّقُ بأنّ العتقَ عُهِدَ الحلِفُ به كما تقرّر فلم يَتعيَّنْ، وأجزَأت الكفّارةُ عنه بخلافِ الطّلاقِ لم يُعْهَد الحلِفُ به، وإنّما المعهودُ فيه إيقاعُه

لا أنْتِ طَلاقٌ والطّلاقُ في الأصَحِّ. وَتَرْجَمةُ الطّلاقِ بالعجَميّةِ صَريحٌ على المذْهَبِ

مُنْجَزًا وعندَ المُعَلَّقِ به فلم يُجْزِ عنه غيرُه ولو جَمع بين ألفاظِ الصّريحِ الثلاثةِ بنيّةِ التّأكيدِ لم يتكرَّرْ وكذا في الكِنايةِ كما رجحه الزّركشيُّ وما في الروضةِ عن شُرَيْحٍ من خلافِه يُحْمَلُ على ما إذا نَوَى الاستئنافِ أو أطلقَ.

(فرع): يقعُ من كثيرٍ عليَّ الطّلاقُ من فرَسي أو سيْفي مثلًا وحكمُه كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي في قولِه من وثاقٍ أنّه ظاهرًا كِنايةٌ وباطِنًا صريحٌ ما لم ينوِ من فرَسي قبلَ فراغِ لفظِ اليمينِ فحينئذٍ يكونُ كِنايةً تَتَوَقَّفُ على النّيّةِ سواءٌ في ذلك العامّيُّ وغيرُه، وهذا أصوَبُ من إفتاءِ غيرِ واحدٍ بإطلاقِ عدمِ الوُقوعِ كأنت طالِقٌ من العمَلِ، ويُرَدُّ بأنّ هذا مُقَيَّدٌ بما قُلْناه أيضًا على أنّ الأذرَعيَّ بحث فيمَنْ لا تعمَلُ كبنت نَبيلٍ أنّه يقعُ وكالتعليقِ بالمُحالِ، ويُرَدُّ بأنّ شرطَ التعليقِ ما ذكرْناه من نيَّته قبلَ فراغِ لفظه فهو مِمّا قُلْناه، وفي الروضةِ عن المُتَوَلّي، وأقَرَّه ما حاصِلُه في أنت طالِقٌ من وثاقٍ أنّه إنّما يخرُجُ عن الصّريحِ إلى الكِنايةِ في ظاهرِ الحكم أمّا فيما بينه وبين اللّه تعالى فلا بُدَّ أنْ يعزِمَ على الإتيانِ بالزّيادةِ قبلَ فراغِ طالِقٍ فحينئذٍ إنْ نَوَى الإيقاعَ به وقَعَ، وإلا فلا بخلافِ ما إذا بَدَتْ له تلك الزّيادةُ بعدَ الفراغِ فإنّه يقعُ مُطْلَقًا وكذلك نيّةُ الزّيادةِ في التّدْيينِ لا بُدَّ أنْ توجد قبلَ فراغِ طالِقٍ أيضًا، ويأتي في الاستثناءِ ما يوافِقُ ذلك وفي الأنوارِ لو قال نِسائي طَوالِقُ، وأرادَ أقارِبَه لم تَطْلُقْ زوجاتُه، ويَتعيَّنُ حملُه على الباطِنِ. أمّا في الظّاهرِ فالوجه أنّه لا يُقْبَلُ منه ذلك وكذا يُقالُ في مسائلَ كثيرةٍ ذكرَها مع ذلك ثمّ رأيت بعضَهم أوّلَه بذلك.

(لا أنت طلاقٌ و) أنت (الطّلاقُ في الأصحّ) بل هما كِنايَتانِ كإنْ فعلْت كذا ففيه طلاقُكِ أو فهو طلاقُكِ كما هو ظاهرٌ؛ لأنّ المصْدَرَ لا يُستعمَلُ في العينِ إلا تَوَسُّعًا وكذا أنت طالِ ترخيمُ طالِقٍ شُذوذًا من وجوهٍ واعتمادُ صَراحَته مَرْدودٌ بأنّه يصلحُ ترخيمًا لِطالِبٍ وطالِعٍ ولا مُخَصِّصَ إلا النّيّةُ، وكذا أنت طَلْقة أو نصفُ طَلْقة أو أنت وطَلْقة أو مع طَلْقة أو فيها ولَكِ طَلْقة أو الطّلاقُ وعليك الطّلاقُ وعُلِمَ مِمّا تقرّر ومِمّا مَرَّ في صيغةِ النّكاح أنّ الخطأ في الصّيغةِ إذا لم يُخِلَّ بالمعنى لا يَضُرُّ كهو بالإعرابِ ومنه ما لو خاطَبَ زوجَتَه بقولِه أَنْتُنّ أو أنتُما طالِقٌ، وأنْ تقولَ له طَلِّقْني فيقولُ هي مُطَلَّقة فلا يُقْبَلُ إرادةُ غيرِها؛ لأنّ تَقَدُّمَ سُؤالِها يَصْرِفُ اللّفْظَ إليها، ومن ثَمّ لو لم يتقدّم لها ذِكْرٌ رجع لِنيَّته في نحوِ أنت طالِقٌ، وهي غائِبةٌ، وهي طالِقٌ، وهي حاضِرةٌ قال البغَويّ: ولو قال ما كِدْت أنْ أُطَلِّقَك كان إقرارًا بالطّلاقِ وكأنّه إنّما لم يُنْظَرْ للقولِ والمُرَجَّحُ عندَ كثيرين أنّ نفيَ كادَ ليس إثباتًا؛ لأنّه ضعيفٌ عندَه وِفاقًا لِكثيرين أيضًا أو رِعايةً للعُرْفِ فإنّ أهله يَفْهَمون منه الإثباتَ. (وترجَمةُ الطّلاقِ) ولو مِمَّنْ أحسَنَ العربيّةَ (بالعجميةِ)، وهي ما عدا العربيّةَ (صريحٌ على المذهبِ) لِشهرةِ استعمالِها عندَهم في معناها شهرةَ العربيّةِ عندَ أهلِها أمّا ترجَمةُ الفِراقِ والسّراح فكذلك على ما اقتضاه ظاهرُ أصلِه واعتمده الأذرَعيُّ ونُقِلَ عن جمعٍ الجزمُ به لَكِنّ الذي في أصلِ الروضةِ عن الإمامِ

وأطْلَقْتُك وأنْتِ مُطْلَقةٌ كِنايةٌ، ولو اشْتَهَرَ لَفْظٌ لِلطَّلاقِ كالحلالِ أو حَلالُ اللَّه عَلَيَّ حَرامٌ فَصَريحٌ في الأَصَحِّ.
قُلْت: الأَصَحُّ أنّه كِنايةٌ، واللَّه أعْلَمُ.
وَكِنايتُه كأنْتِ خَلِيّةٌ بَرِيّةٌ بَتّةٌ بَتْلةٌ بائِنٌ ....

والرّويانيّ، وأقرّاهما أنّها كِنايةٌ لِبُعْدِها عن الاستعمالِ ولا يُنافي تأثيرُ الشُّهْرةِ هنا عدمَه في أنت عليَّ حرامٌ؛ لأنّ ما هنا موضوعٌ لِلطَّلاقِ بخُصوصِه بخلافِ ذاك، وإن اشتَهَرَ فيه ولا يُقْبَلُ ظاهرًا صَرْفُ هذه الصّرائحِ عن موضوعِها بنيّةٍ كقولِه أرَدْت إطلاقَها من وثاقٍ أو مُفارَقَتَها للمنزلِ أو بالسّراحِ التّوَجُّهَ إليه أو أرَدْت غيرَها فسبقَ لِساني إليها نعم، إنْ قال الأوّلُ، وهو يُحِلُّها من وثاقٍ أو الثاني كالآنَ فارَقْتُك وقد ودَّعَها عندَ سفَرِه أو الثالِثُ كاسرَحي عَقِبَ أمرِها بالتّكْبيرِ لِمَحَلِّ الزِّراعةِ على ما بحثه بعضُهم فيهما قُبِلَ ظاهرًا ولو قال طاءٌ ألِفٌ لامٌ قافٌ فهل هو من ترجَمةِ الطّلاقِ أو كِنايةٌ أو لَغْوٌ كلٌّ مُحْتَمَلٌ والأقربُ الثاني، ويُفَرَّقُ بينه وبين التّرجَمةِ بأنّ مُفادَ كلٍّ من المُترجَمِ به وعنه واحدٌ بخلافِه هنا فإنّ مُفادَ الحُروفِ المُقَطَّعةِ الحُروفُ المُنْتَظِمةُ، وهي التي بها الإيقاعُ فاختلف المُفادانِ فإنْ قُلْت قضيّةُ هذا ترجيحُ الثالِثِ قُلْت لو قيلَ به لم يَبْعُدْ لَكِنّ ذلك اللّفْظَ الموقِعَ مفهومٌ مِمّا نَطَقَ به فصَحَّ قصْدُ الإيقاعِ به.

(وأطلقْتُك، وأنت مُطلَّقة) بسُكونِ الطّاءِ (كِنايةٌ) لِعدمِ اشتهارِه، وأفتى بعضُهم في تكْريرِ طالِقٍ من غيرِ نيّةٍ ولا شرطٍ بأنّه لَغْوٌ فلا يقعُ به شيءٌ حالاً ولا مآلاً وقولُه: من غيرِ نيّةٍ غيرُ صحيحٍ؛ لأنّ لفظَ طالِقٍ وحدَه لَغْوٌ، وإنْ نَوَى أنت والإيقاعَ فكذا مُكرَّرُه (ولو اشتَهَرَ لفظٌ لِلطّلاقِ كالحلالِ) بالضّمِّ بناءً على الأصحِّ عندَ البصْريّين أنّ الاسمَ المحكيَّ في حالةِ الرّفْعِ حَرَكتُه حَرَكةُ حِكايةٍ لا إعرابٍ فيتقدَّرُ الإعرابُ فيه في الحالات الثلاثِ فمَنْ قال هنا بالرّفْعِ إنّما يأتي على مُقابِلِ الأصحِّ أنّها حَرَكةُ إعرابٍ أو أنّه نَظَرٌ إلى أنّ التقديرَ هنا كقولِك الحلالُ إلَخْ فالكافُ داخِلةٌ على قولٍ محذوفٍ كما هو شائِعٌ سائِغٌ (أو حَلالُ اللّه عليَّ حرامٌ) أو أنت عليَّ حرامٌ أو حَرَّمْتُك أو عليَّ الحرامُ أو الحرامُ يلزمُني (فصريحٌ في الأصحّ) لِغلبةِ الاستعمالِ وحُصولِ التّفاهُم.

(قُلت الأصحُّ أنّه كِنايةٌ، واللّه أعلمُ)؛ لأنّه لم يتكرّرْ في القُرآنِ لِلطّلاقِ ولا على لِسانِ حَمَلةِ الشّريعةِ، وأنت حرامٌ كِنايةٌ اتّفاقًا كتلك عندَ مَنْ لم تَشْتَهِرْ عندَهم والذي يُتَّجه على الأوّلِ مُعامَلةُ الحالِفِ بعُرْفِ بَلَدِه ما لم يَطُلْ مَقامُه عندَ غيرِهم، ويألف عادَتَهم.

(وكِنايَتُه) أي الطّلاقِ ألفاظٌ كثيرةٌ بل لا تنحَصِرُ (كأنت خَليّةٌ) أي من الزوجِ فعيلةٌ بمعنى فاعِلةٍ (بَريّةٌ) أي منه (بَتّةٌ) أي مقطوعةُ الوُصْلةِ إذِ البتُّ القطعُ وتنكيرُ هذا لُغةٌ والأشهَرُ أنّه لا يُستعمَلُ إلا مُعرَّفًا بأل مع قطعِ الهمزةِ (بَتْلةٌ) أي متروكةُ النّكاحِ ومنه (نَهى عن التّبَتُّلِ) ومثلُها مُثلةٌ مَنْ مَثَّلَ به جَدَعَه (بائِنٌ) من البينِ، وهو الفُرْقة، وإنْ زاد بعدَه بَيْنونةً لا تَحُلّين بعدَها إلَيَّ أبدًا كما مَرَّ . . .

اعْتَدّي استَبْرِئي رَحِمَك الحقي بأهلِك، حَبلُك على غارِبك، لا أنْدَه سَرْبَكِ، اعْزُبي اغْرُبي دَعيني ودِّعيني ونَحْوِها، ....

(اعتَدّي استبرئي رَحِمَك) ولو لِغيرِ موطوءةٍ طَلَّقْت نفسي (الحقي) بكسرٍ ثمّ فتحٍ، ويَجوزُ عكسُه (بأهلِك) أي؛ لأنّي طَلَّقْتُك (حَبلُك على غارِبك) أي خَلَّيْت سبيلَك كما يُخَلّى البعيرُ بإلقاءِ زِمامِه في الصّحراءِ على غارِبه، وهو ما تَقَدَّمَ من الظّهرِ وارتَفع عن العُنُقِ (لا أنْدَه) أي أزْجُرُ (سرْبَك) بفتحٍ فسُكونٍ، وهو الإبِلُ وما يُرْعَى من المالِ أي تَرَكْتُك لا أهتَمُّ بشَأنِك أمّا بكسرٍ فسُكونٍ فهو قطيعُ الظِّباءِ وتَصِحُّ إرادتُه هنا أيضًا (اعزُبي) بمُهْمَلةٍ فمُعْجَمةٍ أي تَباعَدي عَنّي (اغرُبي) بمُعْجَمةٍ فراءٍ أي صيري غَريبةً أجنَبيّةً مِنّي (دَعيني) أي اترُكيني (ودِّعيني) بتَشْديدِ الدّالِ من الوداع أي؛ لأنّي طَلَّقْتُك (ونحوِها) من كلِّ ما يُشْعِرُ بالفُرْقة إشعارًا قريبًا كتَجَرَّدي تَزَوَّدي اخرُجي سافِري تَقَنَّعي تَسَتَّري بَرِئْت منك الزَمي أهلَك لا حاجةَ لي فيك أنت وشَأنُك أنت وليّةُ نفسِك وسَلامٌ عليك قولُ المُحَشّي أمّا ظاهرًا إلَخْ هَكذا في النُّسَخِ وهي غيرُ ظاهرةٍ فلْتُحَرَّرْ، وكلي واشرَبي خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيهما، وأوقَعْت الطّلاقَ في قميصِك وبارَكَ اللّه لَك لا فيك وسيذكرُ أنّ أشرَكْتُك مع فُلانةَ وقد طَلُقت منه أو من غيرِه، وأنا منك طالِقٌ أو بائِنٌ ونَوَى طلاقَها كِنايةٌ وخرج بنحوِها نحوُ قوْمي أغناك اللّه، ويُفَرَّقُ بينه وبين لَعَلَّ اللّهَ يَسوقُ إليك الخيرَ بأنّ هذا أقرَبُ إلى إرادةِ الطّلاقِ به؛ لأنّ تَرَجّيَ سوْقِ الخيرِ يُستعمَلُ في تَرَجّي حُصولِ زوجٍ ولا كذلك الغِنَى، أحسَنَ اللّه جَزاءَك اغزِلي أي بالغين المُعْجَمةِ بخلافِ اعزِلي بالمُهْمَلةِ أي نفسَك عَنّي فإنّ الذي يظهرُ أنّه كِنايةٌ اقعُدي، وفي عُنْوانِ الشّرَفِ لابنِ المُقْري أنّ قُتِلَ نِكاحُك كِنايةٌ، ووافَقَه ابنُ عبدِ السّلام النّاشِريُّ وخالفه الوجيه النّاشِريُّ وغيرُه قال أمّا قُتِلَ نِكاحُك فكِنايةٌ بلا شَكٍّ انتهى وبه يُعْلَمُ أنّ الأوجَهَ الأوّلُ إذْ لا فرقَ مع نيّةِ الإيقاعِ بذلك بين المبنيِّ للفاعِلِ والمفعولِ، ويَجْري ذلك في قُطِعَ نِكاحُك وقَطَعْته، ولو قالتْ له أنا مُطَلَّقَة فقال ألفَ مَرّةٍ كان كِنايةً في الطّلاقِ والعددِ على الأوجَه فإنْ نَوَى الطّلاقَ وحدَه وقَعَ أو والعددَ وقَعَ ما نَواه أخذًا من قولِ الروضةِ وغيرِها في أنت واحدةٌ أو ثلاثٌ أنّه كِنايةٌ، ومثلُه ما لو قيلَ له هل هي طالِقٌ فقال ثلاثًا كما يأتي قُبَيْلَ آخِرِ فصلٍ في هذا البابِ.

ويُفَرَّقُ بينه وبين قولِه طالِقٌ حيثُ لا يقعُ به شيءٌ، وإنْ نَوَى أنت بأنّه لا قرينةَ هنا لفظيّةٌ على تقديرِها والطّلاقُ لا يكفي فيه محضُ النّيّةِ بخلافِ مسألَتنا فإنّ وُقوعَ كلامِه جوابًا يُؤَيِّدُ صِحّةَ نيَّته به ما ذكرَ فلم تَتَمَحَّض النّيّةُ للإيقاعِ وكطالِقٍ ما لو طَلَّقَها رجعيًّا ثمّ قال جعلْتها ثلاثًا فلا يقعُ به شيءٌ، وإنْ نَوَى على المعتمدِ لِما قرَّرْته، وقَطْعُ البغَويّ بوُقوعِ الثلاثِ إنْ نَواها ينبغي حملُه بفرضِ اعتمادِه على ما إذا وصَلها بلفظِ الطّلاقِ إذْ لو قال أنت طالِقٌ ثمّ قال ثلاثًا وقد فصَلَ بينهما بأكثرَ من سكْتةِ التّنفّسِ والعيِّ لَغا فهذا أولى وعلى الاتّصالِ يُحْمَلُ إفتاءُ ابنِ الصّلاح بأنّه إنْ قصَدَ بكلامِه ثانيًا أنّه من تَتمّةِ الأوّلِ وبَيانٌ له وقَعْنَ كما لو قال أنت ثلاثٌ ونَوَى الطّلاقَ الثلاثَ نعم، أطلقَ شيخُنا في فتاويه

والإعْتاقُ كِنايةُ طَلاقٍ وعَكْسُهُ.

الوُقوعَ فإنّه سُئِلَ عَمَّنْ حَلَفَ بالطّلاقِ أنّه لا يَفْعَلُ كذا ثمّ بعدَ ذلك قال ثلاثًا ثمّ فعلَ المحلوفَ عليه فأجابَ بأنّه إنْ نَوَى الثلاثَ في تعليقِه أو أرادَ بقولِه ثلاثًا أنّه تَتِمّةٌ لِلتعليقِ وتفسيرٌ له أو نَوَى به الطّلاقَ الثلاثَ وقَعَ الثلاثُ، وإلا فواحدةٌ انتهى فلم يَفْصِلْ بين طولِ الفاصِلِ وقِصَرِه، وفيه نَظَرٌ كقولِه أو نَوَى به إلى آخِرِه إذْ كيف تُؤَثِّرُ النّيّةُ بلفظٍ مُبْتَدَإٍ ليس بصريحٍ ولا كِنايةٍ إذا لم يقترِنْ به ما يَدُلُّ عليه والحاصِلُ أنّ الذي ينبغي اعتمادُه أنّه متى لم يَفْصِلْ في ثلاثًا بأكثرَ مِمّا مَرَّ أثَّرَ مُطْلَقًا ومتى فصَلَ بذلك، ولم تنقَطِعْ نِسبتُه عنه عُرْفًا كان كالكِنايةِ فإنْ نَوَى أنّه من تَتِمّةِ الأوّلِ وبَيانٌ له أثَّرَ، وإلا فلا، وإن انقَطَعَتْ نِسبَتُه عنه عُرْفًا لم يُؤَثِّرْ مُطْلَقًا كما لو قال لها ابتداءً ثلاثًا وفارَقَ ما مَرَّ في جعلْتها ثلاثًا بأنّ هذا كلامٌ مُستأنَفٌ لا يصلحُ أنْ يكون من تَتِمّةِ الأوّلِ فلم يُؤَثِّرْ مُطْلَقًا على ما مَرَّ قال بعضُهم ولو قالتْ له بَذَلْت صَداقي على طلاقي فقال طالِقٌ ولم يَدَّعِ إرادةَ غيرِها طَلُقت كما أشارَ إليه الشيخانِ قُبَيْلَ الطّرَفِ الثاني في الأفعالِ القائِمةِ مَقامَ اللّفْظِ. انتهى. وأرادَ قولَهما لو قيلَ لِمَنْ أنكر شيئًا امرَأتُك طالِقٌ إنْ كُنْت كاذِبًا فقال طالِقٌ وقال ما أرَدْت طلاقَ امرَأتي قُبِلَ؛ لأنّه لم يوجَدْ منه إشارةٌ إليها ولا تَسميةٌ، وإنْ لم يَدَّعِ إرادةَ غيرِها طَلُقت. انتهى.

وبتأمُّلِه يُعْلَمُ تَنافي مفهومَيْ ما أرَدْت، وإنْ لم يَدَّعِ في حالةِ الإطلاقِ لكن وجَّهَ غيرُهما ما قالاه آخِرًا بأنّ الظّاهرَ تَرَتُّبُ كلامِه على كلامِ القائِلِ، ويُؤْخَذُ منه الطّلاقُ عندَ الإطلاقِ، وهو مُتَّجَهٌ لِما مَرَّ في شرحِ كطَلَّقْتُكِ أنّ الظّاهرَ المذكورَ يُصَيِّرُ طالِقٌ ونحوَه وحدَه صريحًا لكن لِضَعْفِه قُبِلَ الصّرْفُ بالنّيّةِ أخذًا مِمّا قالاه هنا وبه يَلْتَئِمُ أطرافُ كلامِهِما، ويُعْلَمُ أنّه لا مُتَمَسَّك لِذلك القائِلِ فيما قالاه؛ لأنّ فيه ما صَيَّرَه صريحًا بخلافِه في بَذَلْت إلى آخِرِه فلا يقعُ به شيءٌ كما أفْهَمَه ما سبَقَ من إلغاءِ طالِقٍ ما لم يسبِقْه ما يصحُّ تنزيلُه عليه من نحوِ إنْ فعلْت كذا فزوجَتُك طالِقٌ، وأمّا بَذَلْت إلَخْ فلا يَتَّضِحُ فيه ذلك فتأمّلْه ولو قال متى طَلَّقْتها فطلاقي مُعَلَّقٌ على إعطائِها لي كذا ثمّ طَلَّقَها وقَعَ؛ لأنّه إذا وقَعَ لا يُعَلَّقُ، وإلا لَزِمَ صِحّةُ قصْدِه أنّه إذا وقَعَ منه لفظُ طلاقٍ لا يقعُ مَدْلولُه وليس كذلك نعم، إنْ قصَدَ في هذه الصّورةِ ذلك التعليقَ عندَ الإيقاعِ قُبِلَ ظاهرًا لاعتضادِ ذلك القصْدِ بالقرينةِ السّابِقة.

(والإعتاقُ) أي كلُّ لفظٍ صريحٍ له أو كِنايةٍ (كِنايةُ طلاقٍ وعكسُه) أي كلُّ لفظٍ لِلطّلاقِ صريحٍ أو كِنايةٍ كِنايةٌ ثَمّ لِدَلالةِ كلٍّ منهما على إزالةِ ما يملكُه نعم، أنا منك حُرٌّ أو أعتقت نفسي لِعبدٍ أو أمةٍ أو اعتَدّي أو استبرِئي رَحِمَك لِعبدٍ لَغْوٌ، وإنْ نَوَى العتقَ لِعدمِ تَصَوُّرِ معناها فيه بخلافِ نَظائِرِها هنا إذْ على الزوجِ حَجْرٌ من جهتِها، والحاصِلُ أنّ الزوجيّةَ تَشْمَلُهما والرِّقُّ يختَصُّ بالمملوكِ وبحث الحُسبانيُّ في نحوِ تَقَنَّعْ وتَستَّرْ لِعبدٍ أنّه غيرُ كِنايةٍ لِبُعْدِ مُخاطَبَته به عادةً والأذرَعِيُّ في نحوِ أنت لِلَّه، ويا مولايَ ومولاتي لا يكونُ كِنايةً هنا قال فيُحْمَلُ ما أطلقوه على الغالِبِ لا أنّ كلَّ كِنايةٍ ثَمَّ كِنايةٌ هنا أي كما عُلِمَ في عكسِه وقولُه: بانَتْ مِنّي أو حُرِّمت عليَّ كِنايةٌ في الإقرارِ به وقولُه: لِوَلِيِّها زَوِّجْها

وَليس الطَّلاقُ كِنايةَ ظِهارٍ وعَكْسُهُ. ولو قال أنْتِ عَلَيَّ حَرامٌ أو حَرَّمتُكِ ونَوى طَلاقًا أو ظِهارًا حَصَلَ، ....

إقرارٌ بالطَّلاقِ أي وبانقضاءِ العِدّةِ كما هو ظاهرٌ ومَحَلُّه إنْ لم تُكذِّبْه، وإلا لَزِمتها العِدّةُ مُؤاخَذةً لها بإقرارِها ولَعَلَّ سُكوتَهم عن ذلك لهذا، ولها تَزَوّجي وله زَوِّجْنيها كِنايةٌ فيه ومَرَّ قُبَيْلَ التَّفويضِ ما له تعلُّقٌ بهذا ولو قيلَ له يا زَيْدُ فقال امرأةُ زَيْدٍ طالِقٌ لم تَطْلُقْ زوجَتُه إلا إنْ أرادَها؛ لأنَّ المُتَكلِّمَ لا يدخلُ في عمومِ كلامِه كذا في الروضةِ وفيها في امرأةُ مَنْ في السِّكّةِ طالِقٌ، وهو فيها أنّها تَطْلُقُ، وإنّما يَجيءُ على أنّه يدخلُ في عمومِ كلامِه والذي يُتَّجه اعتمادُ ما ذكرَ من الحكمَين دون تعليلِ الأولى إذْ لا عمومَ فيها؛ لأنّ العلمَ لا عمومَ فيه بَدَلاً ولا شُمولاً بخلافِ مَنْ فإنّ فيها العمومَ الشُّموليَّ فشَمِلها لفظُه فلم يحتج لِنيَّتِها بخلافِه في الأولى فاحتاجَ لِنيَّتِها على أنّ لَكَ أنْ تمنَعَ تخريجَ ما هنا على تلك القاعِدةِ الأُصوليّةِ كما لا يخفى على مَنْ تأمّلَ فحْوَى كلامِهم عليها ومَلْحَظُ الخلافِ فيها، وأفتى ابنُ الصّلاحِ في إنْ غِبْت عنها سنةً فما أنا لها بزوجٍ بأنّه إقرارٌ في الظّاهرِ بزَوالِ الزوجيّةِ بعدَ غَيْبةِ السّنةِ فلها بعدَها ثمّ بعدَ انقضاءِ عِدَّتها تَزَوُّجُ غيرِه وأبو زُرْعةَ في الطّلاقُ ثلاثًا من زوجَتي تفعَلُ كذا بأنّه إنْ نَوى إيقاعَه بتقديرِ عدمِ الفعلِ وقَعَ؛ لأنّ اللّفظَ يحتَمِلُه بتقديرِ كائنٍ أو واقعٍ عليَّ وإلا فلا وبه يتأيّدُ ما أفتيت به في الطّلاقُ منك ما تَزَوَّجْت عليك أنّه كِنايةٌ بتقديرِ الطّلاقُ واقعٌ عليَّ منك إنْ تَزَوَّجْت عليك إذْ هذا يحتَمِلُه اللّفظُ احتمالاً ظاهرًا فهو نظيرُ ما قاله أبو زُرْعةَ ولو طلبت الطّلاقَ فقال اكتُبوا لها ثلاثًا فكِنايةٌ، ويُفَرَّقُ بينه وبين ما مَرَّ في جعلْتها ثلاثًا بأنّ ذاك أرادَ فيه جَعْلَ الواقعِ واحدةً ثلاثًا، وهو مُتعذِّرٌ فلم يكن كِنايةً مع ذلك بخلافِ هذا فإنّ سُؤالها قرينةٌ، وكذا زوجَتي الحاضِرةُ طالِقٌ، وهي غائبةٌ.

(**وليس الطّلاقُ كِنايةَ ظهارٍ وعكسَه**)، وإن اشتركا في إفادةِ التحريمِ لإمكانِ استعمالِ كلٍّ في موضوعِه فلا يخرُجُ عنه للقاعِدةِ المشهورةِ أنّ ما كان صريحًا في بابه ووُجِدَ نافِذًا في موضوعِه لا يكونُ صريحًا ولا كِنايةً في غيرِه وفيها كلامٌ مُهِمٌّ بَيّنْته في شرحِ الإرشادِ الكبيرِ في بابِ المُساقاةِ وسيأتي في أنت طالِقٌ كظهرِ أُمّي أنّه لو نَوى بظهرِ أُمّي طلاقًا آخرَ وقَعَ؛ لأنّه وقَعَ تابِعًا فمَحَلُّ ما هنا في لفظِ ظهارٍ وقَعَ مُستَقِلاًّ (**فلو قال لِزوجَته أنت**) أو نحوَ يَدِك (**عليّ حرامٌ أو حَرّمْتُك**) أو كالخمرِ أو الميْتةِ أو الخِنْزيرِ (**ونَوى طلاقًا**)، وإنْ تعدَّدَ (**أو ظهارًا حَصَلَ**) ما نَواه لاقتضاءِ كلٍّ منهما التحريمَ فجازَ أنْ يُكنّيَ عنه بالحرام ولا يُنافي هذا القاعِدةَ المذكورةَ؛ لأنّ إيجابَه للكفّارةِ عندَ الإطلاقِ ليس من بابِ الصّريحِ والكِنايةِ إذْ هما من قبيلِ دَلالات الألفاظِ، ومَدْلولُ اللّفظِ تَحْريمُها، وأمّا إيجابُ الكفّارةِ فحكمٌ رَتّبَه الشّارعُ عليه عندَ قصْدِ التحريم أو الإطلاقِ لِدَلالَته على التحريم لا عندَ قصْدِ طلاقٍ أو ظهارٍ إذْ لا كفّارةَ في لفظِهما والحاصِلُ أنّ موضوعَ لفظِ التحريم يَصْدُقُ بكلٍّ من الثلاثةِ لَكِنّه عندَ الإطلاقِ اشتُهِرَ استعمالُه في تَحْريمِ الوطءِ فقط فجُعِلَ صريحًا فيما اشتُهِرَ فيه وكِنايةً فيما لم

أو نَواهما، تَخيَّرَ وثَبَتَ ما اختارَه، وقيلَ طَلاقٌ، وقيلَ ظِهارٌ، أو تَحريمَ عَيْنِها لم تَحرُم، وعليه كَفّارةُ يمينٍ، ....

يُشْتَهَرْ فيه، وما في القاعِدةِ إنّما هو في استعمالِ لفظٍ في غيرِ موضوعِه مع صلاحيَّته لِموضوعِه (أو نَواهما) أي الطّلاقَ والظِّهارَ مَعًا (تَخيَّرَ وثَبَتَ ما اختارَه) منهما لا هما لِتَناقُضِهما إذِ الطّلاقُ يرفَعُ النّكاحَ، والظِّهارُ يُثبِتُه (وقيلَ طلاقٌ)؛ لأنّه أقوى لإزالَته الملك (وقيلَ ظهارٌ)؛ لأنّ الأصلَ بَقاءُ النّكاحِ.

(تنبيهٌ) الظّاهرُ أنّه لا يكفي الاختيارُ هنا بالنّيّةِ بل لا بُدَّ من اللّفظِ أو نحوِ الإشارةِ المُفْهِمةِ؛ لأنّ النّيّةَ هنا إنّما تُؤَثِّرُ عندَ مُقارَنَتها لِلفظٍ مُحتَمَلٍ، وهي هنا ليستْ كذلك إذْ لا لفظَ عندَها بخلافِ نيّتِهما فإنّها قارَنَتْ أنت حرامٌ، وإذا قُلْنا لا بُدَّ من اللّفظِ فهل فيه كِنايةٌ وصريحٌ أو لا والذي يُتَّجه تَصَوُّرُهما فيه فالأوّلُ كجعلْتُكِ في العِدّةِ فهو كِنايةٌ في اختيارِ الطّلاقِ والثاني كاخترتُكِ لِلظِّهارِ أو اخترت الظِّهارَ ولو اختارَ شيئًا لم يَجُزْ له الرُّجوعُ عنه إلى غيرِه كما هو ظاهرٌ لِما تقرّر أنّه لا بُدَّ من لفظٍ أو نحوِه وحينئذٍ يُقارِنُه وُقوعُ معناه فلم يُتَصَوَّرُ الرُّجوعُ عنه وبه يُفَرَّقُ بين هذا ومَنْ رَأى ما شَكَّ فيه أهو مَنيٌّ أم مذيٌّ؛ لأنّ التّخْييرَ ثَمَّ بالعمَلِ بأحكامِ ما اختارَه، ومُجَرَّدُ العمَلِ لا يقتضي المنْعَ من غيرِه بعدُ إذا وُجِدَ رُجوعٌ عنه إليه، أمّا لو نَواهما مُتَرَتِّبَتَين أي بناءً على أنّ نيّةَ الكِنايةِ يكفي قرْنُها بجُزْءٍ من لفظها فيتخيَّرُ، ويَثْبُتُ ما اختارَه أيضًا على ما رجحه ابنُ المُقْري لَكِنّ القياسَ ما رجحه في الأنوارِ من أنّ المنويَّ أوّلاً إنْ كان الظِّهارُ صَحّا مَعًا أو الطّلاقُ، وهو بائِنٌ لَغا الظِّهارُ أو رجعيٌّ وُقِفَ الظِّهارُ فإنْ راجَعَ صار عائِدًا ولَزِمته الكفّارةُ، وإلا فلا فإنْ قُلْت يُؤَيِّدُ الأوّلَ أنّ الطّلاقَ لا يقعُ إلا بآخِرِ اللّفظِ فحينئذٍ لا فرقَ بين تَقَدُّمِ الظِّهارِ وتأخُّرِه قُلْت ممنوعٌ بل يتبَيَّنُ بآخِرِه وُقوعُ المنويَّين مُرَتَّبَين كما أوقَعَهما وحينئذٍ فيَتعيَّنُ الثاني فتأمّلْه واعتَرَضَ البُلْقينيُّ الثاني بأنّ الظِّهارَ ليس موقوفًا بل صحيحٌ ناجِزٌ ثمّ بَنَى عليه اعتراضًا على صحّةِ الرّجعةِ وكونِها عَوْدًا وكونِه لَغْوًا وقد عَلِمْت أنّ ما ادَّعاه من تَفَرُّدِه فلا يُعَوَّلُ عليه ولا على ما بَناه عليه.

(أو) نَوَى (تَحريمَ عَينها) أو نحوِ فرجِها أو وطْئِها (لم تَحرُم) لِما رَوَى النّسائيّ أنّ ابنَ عَبّاسٍ سأله مَنْ قال ذلك فقال كذبت أي ليستْ زوجَتُك عليك بحرام ثمّ تَلا أوّلَ سورةِ التحريم (وعليه) في غيرِ نحوِ رجعيّةٍ ومُعتَدّةٍ ومُحْرِمةٍ (كفّارةُ يَمينٍ) أي مثلُها حالاً، وإنْ لم يَطَأ كما لو قالَه لأمَته أخذًا من قِصّةِ ماريةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا النّازِلِ فيها ذلك على الأشهرِ عندَ أهلِ التّفسيرِ كما قاله البيْهَقيُّ ورَوَى النّسائيّ عن أنسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنّ النّبيَّ ﷺ كانت له أمةٌ يَطَؤُها أي، وهي ماريةُ أُمُّ ولَدِه إبراهيمَ فلم تَزَلْ به عائشةُ وحفصةُ حتى حَرَّمَها على نفسِه فأنْزَلَ اللّه ﴿لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم:١] الآية[(١)] ومعنى ﴿قَدْ

---

(١) [سنده صحيح] أخرجه: النسائي في (سننه) [رقم/ ٣٩٥٩]، وغيره من حديث: أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.
قلتُ: سنده صحيح.

وكذا إنْ لم تَكُنْ نيّةٌ في الأظْهَرِ، والثّاني لَغْوٌ وإنْ قاله لأمَتِه ونَوَى عِتْقًا ثَبَتَ، أو تَحْرِيمَ عَيْنِها أو لا نيّةَ فَكالزّوْجةِ.

ولو قال هذا الثّوْبُ أو الطّعامُ أو العبْدُ حَرامٌ عَلَيَّ فَلَغْوٌ. وَشَرْطُ نيّةِ الكِنايةِ اقْتِرانُها بكُلِّ اللّفْظِ، وقيلَ يَكْفي بأوَّلِه.

﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] أي أوجَبَ عليكُم كفّارةً كالكفّارةِ التي تجبُ في الأيمانِ وبَحْثُ الأذرَعيِّ حرمةَ هذا لِما فيه من الإيذاءِ والكذِبِ يَرُدُّه تصريحُهما أوّلَ الظِّهارِ بكراهَته بل نازع ابنُ الرِّفعةِ فيها بما بيَّنه الزّركشيُّ بأنّه ﷺ فعله، وهو لا يَفعَلُ المكْروهَ ويُرَدُّ بأنّه يَفعَلُه لِبيانِ الجوازِ فلا يكونُ مَكْروهًا في حَقِّه لِوجوبه عليه وفارَقَ الظِّهارَ بأنّ مُطْلَقَ التحريم بجامِعِ الزوجيّةَ بخلافِ تعدُّدِ التحريمِ المُشابه لِتَحْريم الأُمِّ فكان كذِبًا فيه عِنادٌ لِلشَّرْعِ فمن ثَمَّ كان كبيرةً فضْلًا عن كونِه حرامًا، والإيلاءَ بأنّ الإيذاءَ فيه أتَمُّ، ومن ثَمَّ تَرَتَّبَ عليه الطّلاقُ والرّفْعُ للحاكِم وغيرُهما ولو قال؛ لأربَعٍ أنتُنّ عليَّ حرامٌ بلا نيّةِ طلاقٍ ولا ظهارٍ فكفّارةٌ واحدةٌ كما لو كرَّرَه في واحدةٍ، وأطلقَ أو بنيّةِ التّأكُدِ، وإنْ تعدَّدَ المجلِسُ كاليمينِ.

(وكذا) عليه كفّارةٌ (إنْ لم يكن له نيةٌ في الأظهرِ)؛ لأنّ لفظَ التحريم ينصَرِفُ شرعًا لإيجابِ الكفّارةِ (والثاني) هو (لَغوٌ)؛ لأنّه كِنايةٌ في ذلك وخرج بأنت عليَّ حرامٌ ما لو حَذَفَ عليَّ فإنّه كِنايةٌ هنا فلا تجبُ الكفّارةُ فيه إلا بالنّيّةِ (وإنْ قاله؛ لأمَته ونَوَى عتقًا ثَبَتَ) قطعًا؛ لأنّه كِنايةٌ فيه إذْ لا مَجالَ لِلطّلاقِ والظّهارِ فيها (أو) نَوَى (تَحريمَ عينها أو لا نيّةَ) له (فكالزوجةِ) فيما مَرَّ فتَلْزَمُه الكفّارةُ ثمّ لا كفّارةَ في مُحرَّمةٍ أبدًا وكذا مُعتَدّةٍ ومُزَوَّجةٍ ومُرْتَدّةٍ ومُحرَّمةٍ ومَجوسيّةٍ على الأوجَه بخلافِ نحوِ نُفَساءَ وحائِضٍ وصائِمةٍ لِقُربِ زَوالِ مانِعِهنّ ومن ثَمَّ لو نَوَى بتَحْريمِها تَحْريمَ وطْئِها لهذا العارِضِ لم يلزمْه شيءٌ (ولو قال هذا الثوبُ أو الطّعامُ أو العبدُ حرامٌ عليَّ) أو نحوَه (فلَغوٌ) لا شيءَ فيه لِتعذُّرِه فيه بخلافِ الحليلةِ لإمكانِه فيها بطلاقٍ أو عتقٍ.

(وشرطُ) تأثيرِ (نيةِ الكِنايةِ اقترانُها بكلِّ اللّفظِ)، وهو أنت بائِنٌ كما قاله الرّافِعيُّ كجَماعةٍ واعتُرِضَ بأنّ الصّوابَ ما قاله جمعٌ مُتقَدِّمون أنّه لفظُ الكِنايةِ كبائِنٍ دون أنت؛ لأنّها صريحةٌ في الخِطابِ فلا تحتاجُ لِنيّةٍ، ويُرَدُّ بأنّها لَمّا لم تَستَقِلَّ بالإفادةِ كانت مع أنت كاللّفْظِ الواحِدِ.

(وقيلَ يكفي) اقترانُها (بأوّلِه) استصْحابًا لِحكمِها في باقيه دون آخِرِه؛ لأنّ انعِطافَها على ما مَضى بَعيدٌ ورجحه كثيرون واعتمده الإسنَويُّ وغيرُه وزعم بعضُهم أنّ الأولى سبقُ قلَمٍ ورجح في أصلِ الروضةِ الاكتفاءَ بأوّله وآخِرِه أي بجُزْءٍ منه كما هو ظاهرٌ.

ويظهرُ أنْ يأتيَ هذا الخلافُ في الكِنايةِ التي ليستْ لفظًا كالكِتابةِ ولو أتى بكِنايةٍ ثمّ بعدَ مُضيِّ قدرِ العِدّةِ أوقَعَ ثلاثًا ثمّ زعم أنّه نَوَى بالكِنايةِ الطّلاقَ لم يُقبل لِرَفْعِه الثلاثَ الموجِبةَ لِلتّحليلِ اللّازِمِ له ولو أنكر نيّتَها صُدِّقَ بيَمينِه وكذا وارِثُه أنّه لا يعلَمُه نَوَى فإنْ نكلَ حَلَفت هي أو وارِثُها أنّه نَوَى؛ لأنّ

وإشارةُ ناطِقٍ بطَلاقٍ لَغْوٌ، وقيلَ كِنايةٌ، ويُعْتَدُّ بإشارةِ أخْرَسَ في العُقودِ والحُلولِ، فإنْ فَهِمَ طَلاقَه بها كُلُّ أحَدٍ فَصَريحةٌ، وإن اخْتَصَّ بفَهْمِه فَطِنونَ فَكِنايةٌ. لو كَتَبَ ناطِقٌ طَلاقًا، ولم يَنْوِه فَلَغْوٌ، وإنْ نَواه فالأظْهَرُ وُقوعُهُ. فإنْ كَتَبَ إذا بلَغَكَ كِتابي فأنْتِ طالِقٌ فإنّما تَطْلُقُ ببُلوغِهِ.

الاطِّلاعَ على نيَّته ممكنٌ بالقرائِنِ، (وإشارةُ ناطِقٍ بطلاقٍ لَغْوٌ)، وإنْ نَواه، وأفْهَمَ بها كلَّ أحدٍ (وقيلَ كِنايةٌ) لِحُصولِ الإفهامِ بها كالكِتابةِ، ويُرَدُّ؛ لأنّ تفهيمَ النّاطِقِ إشارتَه نادِرٌ مع أنّها غيرُ موضوعةٍ له بخلافِ الكِتابةِ فإنّها حُروفٌ موضوعةٌ للإفهامِ كالعبارةِ نعم، لو قال أنت طالِقٌ، وهذه مُشيرًا لِزوجةٍ له أخرى طَلُقت؛ لأنّه ليس فيه إشارةٌ محضةٌ هذا إنْ نَواها أو أطلقَ على الأوجَه؛ لأنّ اللّفظَ ظاهرٌ في ذلك مع احتمالِه لِغيرِه احتمالاً قريبًا أي وهذه ليستْ كذلك وخرج بالطّلاقِ غيرُه فقد تكونُ إشارتُه كعبارَته كهي بالأمانِ وكذا الإفتاءُ ونحوُه فلو قيلَ له أيَجوزُ كذا فأشارَ برأسِه مثلاً أي نعم، جازَ العمَلُ به ونَقْلُه عنه.

(ويُعْتَدُّ بإشارةِ أخرسَ في العُقودِ) كبيعٍ، وهِبةٍ (والحُلولِ) كطلاقٍ وفسخٍ وعتقٍ والأقاريرِ والدّعاوَى وغيرِها، وإنْ أمكنَتْه الكِتابةُ لِلضّرورةِ نعم، لا تَصِحُّ بها شَهادَتُه ولا تبطُلُ بها صلاتُه ولا يحنَثُ بها مَنْ حَلَفَ لا يتكلَّمُ ثمّ خَرِسَ (فإنْ فهِمَ طلاقَه) وغيرُه بها (كلُّ أحدٍ فصريحةٌ، وإنْ) لم يَفْهمها أحدٌ أو (اختصَّ بفهمِه) أي الطّلاقِ منها (فطِنون) أي أهلُ فطنةٍ وذَكاءٍ (فكِنايةٌ)، وإن انضَمَّ إليها قرائِنُ ومَرَّ أوّلَ الضّمانِ ما قد يُخالِفُ ذلك مع ما فيه وذلك كما في لفظِ النّاطِقِ وتُعْرَفُ نيَّتُه فيما إذا أتَى بإشارةٍ أو كِتابةٍ بإشارةٍ أو كِتابةٍ أخرى وكأنّهم اغتَفَروا تعريفَه بها مع أنّها كِنايةٌ ولا اطِّلاعَ لَنا بها على نيَّته ذلك لِلضّرورةِ، وتعبيري بما ذكرَ أعَمُّ وأولى من قولِ المُتَوَلّي، ويُعْتَبَرُ في الأخرسِ أنْ يَكْتُبَ مع لفظِ الطّلاقِ إنّي قصَدْت الطّلاقَ وسيأتي في اللِّعانِ أنّهم ألحقوا بالأخرسِ مَنِ اعْتُقِلَ لِسانُه ولم يُرْجَ بُرْؤُه وكذا مَنْ رُجِيَ بعدَ مُضيِّ ثلاثةِ أيّامٍ فهل قياسُه هنا كذلك أو يُفَرَّقُ والذي يُتَّجه في الأوّلِ الإلحاقُ بل الأخرسُ يشمَلُه وفي الثاني يُحْتَمَلُ الإلحاقُ قياسًا ويُحْتَمَلُ الفرقُ بأنّه إنّما أُلْحِقَ به ثَمَّ لاحتياجِه لِلِّعانِ أو اضْطِرارِه إليه ولا كذلك هنا.

(ولو كتَبَ ناطِقٌ) أو أخرسُ (طلاقًا، ولم ينوِه فلَغْوٌ) إذْ لا لفظَ ولا نيّةَ (وإنْ نَواه) ومثلُه كلُّ عقدٍ وحَلٍّ وغيرِهما ما عدا النّكاحَ ولم يتلَفَّظْ بما كتَبَه (فالأظهرُ وُقوعُه) لإفادَتها حينئذٍ، وإنْ تَلَفَّظَ به ولم ينوِه عندَ التّلَفُّظِ ولا الكِتابةَ، وقال: إنّما قصَدْت قِراءةَ المكْتوبِ فقط صُدِّقَ بيَمينِه (فإنْ كتَبَ إذا بَلَغَك كِتابي فأنت طالِقٌ) ونَوَى الطّلاقَ (فإنّما تَطْلُقُ ببُلوغِه) إنْ كان فيه صيغةُ الطّلاقِ كهذه الصّيغةِ بأنْ أمكنَ قِراءَتُها، وإن انمَحَتْ؛ لأنّها المقصودُ الأصليُّ بخلافِ ما عداها من السّوابِقِ واللّواحِقِ فإن انمَحَى سطْرُ الطّلاقِ فلا و قوْعَ وقيلَ إنْ قال كِتابي هذا أو الكِتابُ لم يقعْ أو كِتابي وقَعَ وصَحَّحَه المُصَنِّفُ في تصحيحِ التنبيه ونَقَله الرّويانيُّ عن الأصحابِ وخرج بكتَبَ ما لو أمَرَ غيرَه فكتَبَ ونَوَى

وإنْ كَتَبَ إذا قَرأت كِتابي وهي قارِئةٌ وإنْ لم تَكُنْ قارِئةً فَقُرِئَ عليها فَقَرأتْه طَلُقَتْ وإنْ قُرِئَ عليها فلا في الأَصَحِّ، طَلُقَتْ.

فَصْلٌ

له تَفْويضُ طَلاقِها إليها، وهو تَمليكٌ، في الجديدِ فَيُشْتَرَطُ لِوُقوعِه تَطْليقُها على الفَوْرِ.

هو فلا يقعُ شيءٌ بخلافِ ما لو أَمَرَه بالكِتابةِ أو كِنايةٍ أخرى وبالنِّيّةِ فامتَثَلَ ونَوَى، وبِقولِه فأنت طالِقٌ ما لو كتَبَ كِنايةً كأنت خَلِيّةٌ فلا يقعُ، وإنْ نَوَى إذْ لا يكونُ للكِنايةِ كِنايةٌ كذا حَكاه ابنُ الرِّفعةِ عن الرّافِعيِّ ورَدّوه بأنّ الذي فيه الجزمُ بالوُقوعِ تَبَعًا لِجمعٍ مُتقَدِّمين قال الأذرَعيُّ، وهو الصّحيحُ؛ لأنّا إذا اعتَبَرْنا الكِتابةَ قدَّرْنا أنّه تَلَفَّظَ بالمكْتوبِ (وإنْ كتَبَ إذا قرأت كِتابي، وهي قارِئةٌ فقرأته) أي صيغةَ الطّلاقِ منه نظيرَ ما مَرَّ، وإنْ لم تفهمها أو طالَعَتْها وفَهِمتها، وإنْ لم تَتَلَفَّظْ بشيءٍ منها كما نَقَلَ الإمامُ عليه اتِّفاقَ عُلَمائِنا (طَلُقت) لِوجودِ المُعَلَّقِ عليه، ويظهرُ أنّه لا فرقَ هنا بين ظَنِّ كونِها أُمّيّةً وعدمَه؛ لأنّ اللّفظَ لا ينصَرِفُ عن حَقيقَته إلا عندَ التّعَذُّرِ ومُجَرَّدُ ظَنِّه لا يَصْرِفُه عنها (وإنْ قُرِئَ عليها فلا) طلاقَ (في الأصحِّ) لِعدمِ قِراءَتها مع إمكانِها، وإنّما انعَزَلَ القاضي في نظيرِ ذلك؛ لأنّ العادةَ في الحُكّامِ أنْ يقرَأَ عليهم المَكاتيبُ فالقصْدُ إعلامُه دون قِراءَته بنفسِه بخلافِ ما هنا، وأيضًا فالعزْلُ لا يصحُّ تعليقُه فتعيَّنَ إرادةُ إعلامِه به بخلافِ الطّلاقِ (وإنْ لم تكن قارِئةً فقُرِئَ عليها طَلُقت) إنْ علم حالَها؛ لأنّ القِراءةَ في حَقِّ الأُمّيِّ محمولةٌ على الاطِّلاعِ ومنه يُؤْخَذُ أنّها لو تعلَّمت وقرأته، وأنّ القارِئَ لو طالَعَه، وأخبَرَها بما فيه طَلُقت؛ لأنّ القصْدَ الاطِّلاعُ وقد وُجِدَ فإنْ لم يُعْلم لم تَطْلُقْ إلا إنْ تعلَّمت وقرأته .

فصل في تفويضِ الطّلاقِ إليها

ومثلُه تفويضُ العتقِ للقِنِّ.

(له تفويضُ طلاقِها) يعني المُكلَّفة لا غيرَها (إليها) إجماعًا بنحوِ طَلِّقي نفسَك إنْ شِئْت، وبحث أنّ منه قوله لها طَلِّقيني فقالتْ أنتَ طالِقٌ ثلاثًا لَكِنّه كِنايةٌ فإنْ نَوَى التّفويضَ إليها، وهي تَطْليقَ نفسِها طَلُقت، وإلا فلا ثمّ إنْ نَوَى مع التّفويضِ إليها عددًا فسيأتي (وهو تمليكٌ) لِلطّلاقِ (في الجديدِ)؛ لأنّه يَتعلَّقُ بغَرَضِها فساوَى غيرَه من التمليكات (فيُشتَرَطُ لِوُقوعِه تَطليقُها فورًا)، وإنْ أتَى بنحوِ متى على المعتمدِ بأنْ لا يتخَلَّلَ فاصِلٌ بين تفويضِه، وإيقاعِه؛ لأنّ التّطْليقَ هنا جوابُ التمليكِ فكان كقَبولِه وقَبولُه فوْريٌّ، وهذا معنى قولِهم؛ لأنّ تَطْليقَها نفسَها مُتَضَمِّنٌ للقَبولِ وقولُ الزّركشيّ عُدولُه عن شرطِ قبولِها إلى تَطْليقِها يقتضي تعيُّنَه، وهو مُخالِفٌ لِكلامِ الشرحِ والروضةِ حيثُ قالا إنّ تَطْليقَها يتضَمَّنُ القبولَ، وهو يقتضي الاكتفاءَ بقولِها قبِلْت إذا قصَدَتْ به التّطْليقَ، وأنّ حَقَّها أنْ تقولَ حالاً قبِلْت طَلُقت والظّاهرُ اشتراطُ القبولِ على الفوْرِ ولا يُشْتَرَطُ التّطْليقُ على الفوْرِ انتهى بَعيدٌ جِدًّا بل الصّوابُ تعيُّنُه وكلامُهما لا يُخالِفُ ذلك لِما قرَّرْته في معناه أنّ هذا التّضَمُّنَ أوجَبَ الفوْريّةَ لا الاكتفاءَ بمُجَرَّدِ

وإنْ قال طَلِّقي بألْفٍ فَطَلَّقَتْ بانَتْ ولزِمَها أَلْفٌ، وقيلَ قولٌ تَوْكيلٌ فلا يُشْتَرَطُ فَوْرٌ في الأصَحِّ، وفي اشْتِراطِ قَبولِها خِلافُ الوكيلِ، وعلى القوْلَيْنِ له الرُّجوعُ قبلَ تَطْليقِها، ولو قال: إذا جاءَ رَمَضانُ فَطَلِّقي لَغا على التَّمليكِ. ولو قال أبيني نفسَك فقالتْ أبَنْت ونَوَى وقَعَ وإلَّا فلا، ولو قال طَلِّقي فقالتْ أبَنْت ونَوَتْ، أو أبيني ونَوَى فقالتْ طَلَّقْت وقَعَ.

القبولِ؛ لأنّه لا ينتَظِمُ مع قولِه طَلِّقي نفسَك، وإنْ قصَدَتْ به التَّطْليقَ وقولُه: وأنْ حَقَّها إلى آخِرِه يُنافي ما قبله لا سيَّما قولُه: والظَّاهرُ إلى آخِرِه؛ لأنّ الذي قاله أوّلاً أنّه لا يكفي قبِلْت إلا إنْ نَوَتْ بها التَّطْليقَ فكيْفَ يَبْحَثُ هنا الجمعَ بينهما أو الاكتفاءَ بقَبِلْتُ في الفوْرِيّةِ ثمّ تَطْلُقُ بعدُ فالصّوابُ خلافُ ما قاله في الكلِّ نعم، لو قال طَلِّقي نفسَك فقالتْ كيف يكونُ تَطْليقي لِنفسي ثمّ قالتْ طَلَّقْت وقَعَ؛ لأنّه فصلٌ يَسيرٌ قاله القفّالُ وظاهرُه أنّ الفصلَ اليسيرَ لا يَضُرُّ إذا كان غيرَ أجنَبيٍّ كما مَثَّلَ به، وأنّ الفصلَ بالأجنَبيِّ يَضُرُّ مُطْلَقًا كسائرِ العُقودِ وجَرى عليه الأذرَعيُّ وفيه نَظَرٌ؛ لأنّه ليس محضَ تمليكٍ ولا على قواعِدِه فالذي يُتَّجه أنّه لا يَضُرُّ اليسيرُ ولو أجنَبيًّا كالخُلْعِ ثمّ رأيت في الكِفايةِ ما يُؤَيِّدُه، وهو قولُه: الطّلاقُ يقبَلُ التعليقَ فجازَ أنْ يُتَسامَحَ في تمليكِه بخلافِ سائرِ التمليكات أي ومن ثَمَّ لو قال ثلاثًا فوَحَّدَتْ أو عكسُه وقَعَتْ واحدةٌ كما يأتي، وإنْ كان قياسُ البيعِ أنْ لا يقعَ شيءٌ.

(فإنْ قال) لِمُطْلَقةِ التَّصرُّفِ لا لِغيرِها نظيرُ ما مَرَّ في الخُلْعِ (طَلِّقي) نفسَك (بألفٍ فطَلَّقت بانَتْ ولزِمَها الألفُ)، وإنْ لم تَقُلْ بألفٍ كما اقتضاه إطلاقُه، ويكونُ تمليكًا بعِوَضٍ كالبيعِ وما قبله كالهِبةِ (وفي قولٍ توكيلٌ) كما لو فوَّضَ طلاقَها لأجنَبيٍّ (فلا يُشتَرَطُ) على هذا القولِ (فورٌ) في تَطْليقِها (في الأصحِّ) نظيرُ ما مَرَّ في الوكالةِ ولو أتى هنا بمتى جازَ التّأخيرُ قطعًا (وفي اشتراطِ قبولِها) على هذا القولِ أيضًا (خلافُ الوكيلِ) ومَرَّ أنّ الأصحَّ منه أنّه لا يُشتَرَطُ القبولُ مُطْلَقًا بل عدمُ الرّدِّ (وعلى القولينِ له الرُّجوعُ) عن التّفويضِ (قبلَ تَطْليقِها)؛ لأنّ كلًّا من التمليكِ والتوكيلِ يَجوزُ لِموجِبه الرُّجوعُ قبلَ قبولِه، ويَزيدُ التوكيلُ بجوازِ ذلك بعدَه أيضًا فلو طَلَّقت قبلَ علمِها برُجوعِه لم ينفُذْ. (ولو قال إذا جاءَ رَمَضانُ فطَلِّقي) نفسَك (لَغا على) قولِ (التمليكِ)؛ لأنّه لا يصحُّ تعليقُه، ويصحُّ على قولِ التوكيلِ لِما مَرَّ فيه أنّ التعليقَ يُبْطِلُ خُصوصَه لا عمومَ الإذْنِ فإنْ قُلْتَ ظاهرُ قولِهم هنا جازَ يُنافي قولَهم في الوكالةِ لا يَجوزُ قُلْت نعم، لَكِنّ مُرادَهم بجازِ هنا نَفَذَ فقط فلا يُنافي حرمَتَه وبِلا يَجوزُ ثَمَّ أنّه يأثَمُ به بناءً على حرمةِ تعاطي العقدِ الفاسِدِ فلا يُنافي صحّتَه ومَنْ عَبَّرَ ثَمَّ بلا يصحُّ مُرادُه من حيثُ خُصوصُ الإذْنِ، وإنْ صَحَّ من حيثُ عمومُه.

(ولو قال أبيني نفسَك فقالتْ أبنت ونَوَيا) أي هو التّفويضَ بما قاله، وهي الطّلاقَ بما قالتْه (وقَعَ)؛ لأنّ الكِنايةَ مع النّيّةِ كالصّريحِ (وإلا) ينويا مَعًا بأنْ لم ينويا أو أحدُهما ذلك (فلا) يقعُ الطّلاقُ لِوُقوعِ كلامِ غيرِ النّاوي لَغْوًا (ولو قالَ طَلِّقي) نفسَك (فقالتْ أبنت) نفسي (ونَوَتْ أو) قال (أبيني ونَوَى فقالتْ طَلَّقْت) نفسي (وقَعَ) كما لو تَبايَعا بلفظٍ صريحٍ من أحدِهما وكِنايةٍ مع النّيّةِ من آخرَ وقولُ مُجَلّي لفظُ

ولو قال طَلِّقي ونَوَى ثَلاثًا فقالتْ طَلَّقْت ونَوَتْهُنّ فَثَلاثٌ وإلّا فَواحِدةٌ في الأَصَحِّ. ولو قال ثَلاثًا فَوَحَّدَتْ أو عَكْسَه فَواحِدةٌ.

فَصْلٌ

مَرَّ بِلِسانِ نائِمٍ طَلاقٌ لَغا، ....

الطّلاقِ هنا كِنايةٌ لا يقعُ به إلا مع النّيّةِ ضعيفٌ وذِكْرُ نفسي في ذلك هو ما في أصلِه والروضةِ فإنْ حَذَفاها مَعًا من الكِنايةِ ومثلُها الصّريحُ فوجهانِ والأوجَه بل المذهبُ كما قاله الأذرَعيُّ أنّه يكفي نيَّتُها لِنفسِها سواءٌ أنَوَى هو ذلك أم لا ، وأفهَمَ كلامُه أنّه لا يُشْتَرَطُ تَوافُقُ لفظَيْهما صريحًا ولا كِنايةً إلا إنْ قُيِّدَ بشيءٍ فيُتَّبَعُ . (ولو قال طَلِّقي) نفسَك (ونَوَى ثلاثًا فقالتْ طَلَّقْت ونَوَتْهُنّ) ، وإنْ لم تعلم نيَّته كما هو ظاهرٌ بأنْ وقَعَ ذلك منها اتِّفاقًا خلافًا لِتقييدِ شارحٍ له بقولِه عَقِبَ ونَوَتْهُنّ بأنْ علمتْ نيَّته الثلاثَ (فثلاثٌ) ؛ لأنّ اللّفظَ يحتَمِلُ العددَ وقد نَوَياه (وإلا) ينويا ذلك أصلًا أو نَواه أحدُهما (فواحدةٌ) تَقَعُ لا أكثرُ (في الأصحِّ) ؛ لأنّ صريحَ الطّلاقِ كِنايةٌ في العددِ فاحتاجَ لِنيَّته منهما نعم ، فيما إذا لم ينوِ واحدٌ منهما لا خلافَ وكذا إذا نَوَتْ هي فقط ولو نَوَتْ فيما إذا نَوَى ثلاثًا واحدةً أو ثِنْتَين وقَعَ ما نَوَتْه اتِّفاقًا ؛ لأنّه بعضُ المأذونِ فيه وقد لا تَرِدُ هذه الثلاثةُ على عبارَته بأنْ يُجْعَلَ قولُه : وإلا نفيًا لِنيّةِ شيءٍ من جهتها كما دَلَّ عليه السّياقُ وضابِطُ ذلك أنّهما متى تَخالَفا في نيّةِ العددِ وقَعَ ما تَوافَقا فيه فقط وخرج بقولِه ونَوَى ثلاثًا ما لو تَلَفَّظَ بهنّ فإنّها إذا قالتْ طَلَّقْت ولم تَذْكُرْ عددًا ولا نَوَتْه تَقَعُ الثلاثُ . (ولو قال ثلاثًا فوَحَّدَتْ) أي قالتْ طَلَّقْت نفسي واحدةً (أو عكسُه) أي وحَّدَ فثلَّثَتْ (فواحدةٌ) تَقَعُ فيهما لِدخولِها في الثلاثِ التي فوَّضَها في الأولى ولِعدمِ الإذْنِ في الزّائِدِ عليها في الثانيةِ ومن ثَمَّ لو قال لِرجلٍ طَلِّقْ زوجَتي ، وأطلقَ فطَلَّقَ الوكيلُ ثلاثًا لم يَقَعْ إلا واحدةٌ ولها في الأولى أنْ تُثَنِّيَ وتُثَلِّثَ فوْرًا راجَعَ أو لا وسيأتي في مَبْحَثِ النّاسي قبولُ قولِها في الكِنايةِ لم أنوِ ، وإنْ كذَّبَها خلافًا للماوَرْديِّ .

فصل في بعضِ شروطِ الصّيغةِ والمُطَلِّقِ

منها أنّه يُشْتَرَطُ في الصّيغةِ عندَ عُروضِ صارِفِها لِما يأتي في النّداءِ لا مُطْلَقًا لِما يأتي في الهزْلِ واللّعِبِ ونحوِه صريحةً كانت أو كِنايةً قَصْدُ لفظِها مع معناه بأنْ يقصِدَ استعماله فيه وذلك مُستَلْزِمٌ لِقَصْدِهِما فحينئذٍ إذا (مَرَّ بلِسانِ نائِمٍ) أو زائِلِ عقلٍ بسببٍ لم يعصِ به ، وإلا فكالسّكْرانِ فيما مَرَّ (طلاقٌ لغا) ، وإنْ أجازَه ، وأمضاه بعدَ يَقَظَته لِرَفْعِ القلَمِ عنه حالَ تَلَفُّظه به ولو ادَّعَى أنّه حالَ تَلَفُّظه به كان نائِمًا أو صَبِيًّا أي ، وأمكنَ ومثلُه مجنونٌ عُهِدَ له جُنونٌ صُدِّقَ بيَمينِه قاله الرّويانيُّ ونازعه في الروضةِ في الأولى أي ؛ لأنّه لا أمارةَ على النّوْمِ ، وهو مُتَّجِهٌ ولا يُشْكِلُ على الأخيرَين عدمُ قبولِ قولِه لم أقصِد الطّلاقَ والعتقَ ظاهرًا لِتَلَفُّظه بالصّريحِ مع تَيَقُّنِ تكْليفِه فلم يُمْكِنْ رَفْعُه ، وهنا لم يتيَقَّنْ تكْليفُه حالَ تَلَفُّظه فقُبِلَ دعواه الصِّبا أو الجُنون بقَيْدِه قيلَ كان مُستَغْنيًا عن هذا باشتراطِه التّكْليفَ أوّلَ

ولو سَبَقَ لِسانٌ بطَلاقٍ بلا قَصْدٍ لَغا، ولا يُصدَّقُ ظاهِرًا إلّا بقَرينةٍ.
ولو كان اسمُها طالِقًا فقال يا طالِقُ وقَصَدَ النِّداءَ لم تَطْلُقْ، ....

البابِ انتهى ويُجابُ بأنّ هذا وما بعدَه كالشرحِ لِذلك على أنّه يُستَفادُ منه هنا فائِدةٌ، وهي عدمُ تأثيرِ قولِه أجَزْتُه ونحوِه؛ لأنّ اللّغْوَ لا ينقَلِبُ بالإجازةِ غيرَ لَغْوٍ ولا يُستَفادُ هذا من قولِه يُشْتَرَطُ لِنُفوذِه التّكليفُ فتأمّله.

(فلو سبَقَ لِسانُه بطلاقٍ من غيرِ قصدٍ) تأكيدٌ لِفَهْمِه من التعبيرِ بالسّبْقِ (لَغا) كلَغْوِ اليمينِ ومثلُه تَلَفُّظُه به حاكيًا وتَكْريرُ الفقيه لِلفظه في تصويرِه ودَرْسِه (ولا يُصدَّقُ ظاهرًا) في دعواه سبقَ لِسانِه أو غيرَه مِمّا يمنعُ الطّلاقَ لِتعلُّقِ حَقِّ الغيرِ به ولأنّه خلافُ الظّاهرِ الغالِبِ من حالِ العاقِلِ (إلا بقَرينةٍ) كما يأتي فيمَنِ التفَّ بلِسانِه حرفٌ بآخرَ فيُصَدَّقُ ظاهرًا في السّبْقِ لِظُهورِ صِدْقِه حينئذٍ أمّا باطِنًا فيُصَدَّقُ مُطْلَقًا وكذا لو قال لها طَلَّقْتُك ثمّ قال أرَدْت أنْ أقولَ طَلَبْتُك ولها قبولُ قولِه هنا وفي نَظائِرِه إنْ ظَنّتْ صِدْقَه بأمارةٍ ولِمَنْ ظَنّ صِدْقَه أيضًا أنْ لا يشهَدَ عليه به بخلافِ ما إذا علمه وجعلَ البُلْقينيُّ في فتاويه من القرينةِ ما لو قال لها أنت حرامٌ عليَّ وظَنّ أنّها طَلُقت به ثلاثًا فقال لها أنت طالِقٌ ثلاثًا ظانًّا وُقوعَ الثلاثِ بالعبارةِ الأولى فإنّه سُئِلَ عن ذلك فأجابَ بقولِه لا يقعُ عليه طلاقٌ بما أخبَرَ به بانيًا على الظّنِّ المذكورِ انتهى، ويأتي في الكِتابةِ في أعتقتُك أو أنتَ حُرٌّ عَقِبَ الأداءِ المُتَبَيِّنِ فسادُه أنّه لا يُعْتَقُ به لِقَرينةِ أنّه إنّما رَتَّبَه على صحّةِ الأداءِ قالوا ونظيرُ ذلك مَنْ قيلَ له طَلَّقْت امرَأتَك فقال نعم، طَلَّقْتها ثمّ قال ظَنَنْت أنّ ما جَرى بيننا طلاقٌ وقد أفتيتُ بخلافِه فلا يُقْبَلُ منه إلا بقَرينةٍ انتهى وفيه تأييدٌ لِما قاله البُلْقينيُّ؛ لأنّه جعلَ ظَنّه الوُقوعَ بأنت حرامٌ عليَّ قرينةً صارِفة للإخبارِ ثانيًا عن حَقيقَته كما جعلوا الأداءَ قرينةً صارِفة لأنتَ حُرٌّ أو أعتقتُك عن حَقيقَته، وإفتاؤه بما رَتَّبَ عليه كلامَه قرينةٌ صارِفة له كذلك فإنْ قُلْت يُنافي ذلك قولَ التّوَسُّطِ عن ابنِ رَزينٍ حَلَفَ بالثلاثِ أنّه لا يخرُجُ إلا بها فأخبرَ بأنّ عقدَه باطِلٌ من أصلِه فخرج بدونِها ثمّ بانَتْ صحّةُ عقدِه وقَعَ الثلاثُ ولم يُعْذَرْ في ذلك قُلْت يُفَرَّقُ بأنّ الإخبارَ ببُطْلانِ العقدِ أمرٌ أجنَبيٌّ عن المحلوفِ عليه فلم يصلحْ قرينةً بخلافِ ما لو أُفْتِيَ في المحلوفِ عليه بشيءٍ فأخبَرَ بالثلاثِ على ظَنِّ صحّةِ الإفتاءِ فبانَ عدمُ صحّةِ الإفتاءِ فلا يقعُ عليه شيءٌ للقَرينةِ الظّاهرةِ هنا وبِتَسليمِ أنّ الإخبارَ ببُطْلانِ العقدِ غيرُ أجنَبيٍّ يَتعيَّنُ حملُ ذلك المخبِرِ على أنّه ليس مِمَّنْ يُعْتَمَدُ عندَ النّاسِ فهذا لا يكونُ إخبارُه قرينةً كما يأتي في شرحِ قولِ المتنِ ففعلَ ناسيًا لِلتعليقِ أو مُكْرَهًا عليه مع فُروعٍ أخرى لها تعلُّقٌ بما هنا فإنْ قُلْت ما ذكرَ من أنّ القرينةَ تُفيدُ إنّما يتأتّى فيما إذا أخبَرَ مُستَنِدًا إليها أمّا إذا أنْشأ إيقاعًا ظانًّا أنّه لا يقعُ فإنّه يقعُ ولا يُفيدُه ذلك الظّنُّ شيئًا كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي في، وهو يَظُنُّها أجنَبيّةً ومسألةُ البُلْقينيِّ من هذا قُلْت ممنوعٌ بل هي من الأوّلِ كما يُصَرِّحُ به قولُ البُلْقينيِّ بما أخبَرَ به بانيًا على الظّنِّ المذكورِ.

(ولو كان اسمُها طالِقًا وقال) لها (يا طالِقُ وقَصَدَ النّداءَ) لها باسمِها (لم تَطْلُقْ) للقَرينةِ الظّاهرةِ على

وكذا إنْ أطْلَقَ في الأصحِّ ؛ وإنْ كان اسمُها طارِقًا أو طالِبًا فقال يا طالِقُ وقال أرَدْت النِّداءَ فالتفَّ الحرْفُ صُدِّقَ. ولو خاطَبَها بطَلاقٍ هازِلاً أو لاعِبًا أو وهو يَظُنُّها أجْنَبيّةً بأنْ كانتْ في ظُلْمةٍ أو أنْكَحَها له وليُّه أو وكيلُه ولم يَعْلم وقَعَ.

صِدْقِه ؛ لأنّه صَرَفَه بذلك عن معناه مع ظُهورِ القرينةِ في صِدْقِه (وكذا إنْ أطلقَ) بأنْ لم يقصِدْ شيئًا فلا تَطْلُقْ (في الأصحِّ) حملاً على النّداءِ لِتَبادُرِه وغلبته ومن ثَمَّ لو غَيَّرَ اسمَها عندَ النّداءِ أي بحيثُ هَجَرَ الأوّلَ طَلُقت كما لو قصَدَ طلاقَها، وإنْ لم يُغَيِّرْ قال الزّركشيُّ وضَبَطَ المُصَنِّفُ يا طالِقْ بالسُّكونِ لِيُفيدَ أنّه في يا طالِقُ بالضّمِّ لا يقعُ أي مُطْلَقًا ؛ لأنّ بناءَه على الضّمِّ يُرْشِدُ إلى إرادةِ العلَميّةِ وفي يا طالِقًا بالنّصْبِ يَتعيَّنُ صَرْفُه إلى التّطْليقِ أي مُطْلَقًا، وينبغي في الحالينِ أنْ لا يرجعَ لِدعوَى خلافِ ذلك انتهى ورُدَّ بأنّ اللّحْنَ لا يُؤَثِّرُ في الوُقوعِ وعدمِه كما يأتي والذي يُتَّجه حملُ كلامِه على نحويٍّ قصَدَ هذه الدّقيقة، والقِنُّ المُسَمَّى حُرًّا فيه هذا التّفْصيلُ.

(فإنْ كان اسمُها طارِقًا أو طالِبًا) أو طالِعًا (فقال يا طالِقُ وقال أرَدْت النداءَ) باسمِها (فالتفَّ الحرفُ) بلِساني (صُدِّقَ) ظاهِرًا لِظُهورِ القرينةِ فإنْ لم يَقُلْ ذلك طَلُقت وقضيّتُه أنّه لو مات ولم يُعْلم مُرادُه حُكِمَ عليه بالطّلاقِ عَمَلاً بظاهِرِ الصّيغةِ ومنه يُؤْخَذُ أنّ مثله في هذا كلُّ مَنْ تَلَفَّظَ بصيغةٍ ظاهرةٍ في الوُقوعِ لَكِنّها تقبَلُ الصّرْفَ بالقرينةِ، وإنْ وُجِدَت القرينةُ، وهي مسألةٌ حَسَنةٌ.

(ولو خاطَبَها بطلاقٍ) مُعَلَّقٍ أو مُنَجَّزٍ كما شَمِله كلامُهم ومثلُه أمرُه لِمَنْ يُطَلِّقُها كما هو ظاهرٌ، وإنّما أثَّرَتْ قرائِنُ الهزْلِ في الإقرارِ ؛ لأنّ المعتبَرَ فيه اليقينُ ولأنّه إخبارٌ يتأثّرُ بها بخلافِ الطّلاقِ والأمرِ به فيهما (هازِلاً أو لاعِبًا) بأنْ قصَدَ اللّفظَ دون المعنى وقَعَ ظاهِرًا وباطِنًا إجماعًا وللخبرِ الصّحيحِ «ثلاثٌ جِدُّهُنّ جِدٌّ وهَزْلُهُنّ جِدٌّ الطّلاقُ والنّكاحُ والرّجعةُ»[1] وخُصَّتْ لِتأكُّدِ أمرِ الإبضاعِ، وإلا فكلُّ التّصرُّفات كذلك وفي رِوايةٍ «والعتقُ» وخُصَّ لِتَشَوُّفِ الشّارِعِ إليه ولِكونِ اللّعِبِ أعَمَّ مُطْلَقًا من الهزْلِ عُرْفًا إذِ الهزْلُ يختصُّ بالكلامِ عَطَفَه عليه، وإنْ رادَفَه لُغةً كذا قاله شارِحٌ وجعلَ غيرُه بينهما تَغايُرًا ففَسَّرَ الهزْلَ بأنْ يقصِدَ اللّفْظَ دونَ المعنى واللّعِبَ بأنْ لا يقصِدَ شيئًا وفيه نَظَرٌ إذْ قصْدُ اللّفْظِ لا بُدَّ منه مُطْلَقًا بالنّسبةِ للوُقوعِ باطِنًا ومن ثَمَّ قالوا لو قال لها أنت طالِقٌ وقَصَدَ لفظَ الطّلاقِ دون معناه كما في حالِ الهزْلِ وقَعَ ولم يُدَيَّنْ في قولِه ما قصَدْت المعنى (أو، وهو يَظُنُّها أجنَبيّةً بأنْ كانت في ظُلْمةٍ أو نَكحَها له وليُّه أو وكيلُه ولم يعلم) أو ناسيًا أنّ له زوجةً كما نَقَلاه عن النّصِّ، وأقَرّاه وقال الزّركشيُّ ينبغي تخريجُه على حِنْثِ النّاسي، وهو مُتَّجهٌ (وقَعَ) ظاهرًا لا باطِنًا كما اقتضاه كلامُ الشيخينِ وجزم به بعضُهم لكن نَقَلَ الأذرَعيُّ ما يقتضي خلافَه واعتمده وذلك ؛ لأنّه خاطَبَ مَنْ هي

(١) [حسن] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٢١٩٤]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ١١٨٤]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ٢٠٣٩]، وغيرهم من حديث: أبي هريرة ﵁.
قلتُ: حديث حسن. وينظر: (صحيح أبي داود) للألباني [رقم/ ١٩٢٠].

ولو لَفَظَ أعْجَميٌّ به بالعربيّةِ ولم يَعْرِفْ مَعْناه لم يَقَعْ، وقيلَ إنْ نَوَى مَعْناها وقَعَ. وَلا يَقَعُ طَلاقُ مُكْرَهٍ، ....

مَحَلُّ الطّلاقِ، والعبرةُ في العُقودِ ونحوِها بما في نفسِ الأمرِ، وقضيّةُ هذا الوُقوعُ باطِنًا لكن عارَضَه ما عُهِدَ من تأثيرِ الجهْلِ في إبطالِ الإبراءِ من المجهولِ المُشابه لهذا نعم، في الكافي أنّ مَنْ قال ولم يعلم له زوجةٌ في البلَدِ إنْ كان لي في البلَدِ زوجةٌ فهي طالِقٌ وكانتْ في البلَدِ فعلى قولي حِنْثِ النّاسي قال البُلْقينيُّ، وأكثرُ ما يُلْمَحُ في الفرقِ بينهما صورةُ التعليقِ. انتهى.

ويُرَدُّ بأنّه إنْ نَظَرَ لأنّه كالنّاسي فلا فرقَ بين التعليقِ وغيرِه فالذي يُتَّجه أنّه يأتي هنا ما يأتي في الجمعِ بين كلامِ الشيخينِ قُبَيْلَ قولِه أو بفعلِ غيرِه مِمَّنْ يُبالي بتعليقِه، ويُفَرَّقُ بين ما هنا وعدمِ وُقوعِه خلافًا للإمام على مَنْ طلب من الحاضِرين أو الحاضِرات شيئًا فلم يُعْطوه فقال طَلَّقْتُكم ثلاثًا وامرَأتُه فيهم ولا يعلَمها بأنّه هنا لم يقصِدْ بالطّلاقِ معناه الشرعيَّ بل نحوَ معناه اللُّغَويِّ وقامت القرينةُ على ذلك فمن ثَمَّ لم يوقِعوا عليه شيئًا. (ولو لَفَظَ عَجميٌّ به) أي الطّلاقِ (بالعربيّةِ) مثلًا إذِ الحكمُ يَعُمُّ كلَّ مَنْ تَلَفَّظَ به بغيرِ لُغَته (ولم يعرِفْ معناه لم يقعْ) كمُتَلَفِّظٍ بكلِمةِ كُفْرٍ لا يعرِفُ معناها، ويُصَدَّقُ في جَهْلِه معناه للقَرينةِ ومن ثَمَّ لو كان مُخالِطًا؛ لأهلِ تلك اللُّغةِ بحيثُ تقضي العادةُ بعلمِه به لم يُصَدَّقْ ظاهِرًا، ويقعُ عليه (وقيلَ إنْ نَوَى معناها) عندَ أهلِها (وقَعَ)؛ لأنّه قصَدَ لفظَ الطّلاقِ لِمعناه وردّوه بأنّ المجهولَ لا يصحُّ قصْدُه.

(ولا يقعُ طلاقُ مُكْرَهٍ) بباطِلٍ ولا يُنافيه ما يأتي في التعليقِ من أنّ المُعَلَّقَ بفعلِه لو فعلَ مُكْرَهًا بباطِلٍ أو بحَقٍّ لا حِنْثَ خلافًا لِجمعٍ؛ لأنّ الكلامَ هنا فيما يحصُلُ به الإكْراه على الطّلاقِ فاشتُرِطَ تعدّي المُكْرِه به ليُعْذَرَ المُكْرَه وثَمَّ في أنّ فعلَ المُكْرَه هل هو مقصودٌ بالحلِفِ عليه أو لا كالنّاسي والجاهِلِ والأصحُّ الثاني فلا يتقيّدُ بحَقٍّ ولا باطِلٍ وبهذا يُتَّجه ما اقتضاه كلامُ الرّافِعيِّ من عدمِ الحِنْثِ في إنْ أخذْت حَقَّك مِنّي فأكرَهَه السُّلْطانُ حتى أعطَى بنفسِه واندَفع قولُ الزّركشيِّ المُتَّجه خلافُه؛ لأنّه إكْراهٌ بحَقٍّ كطلاقِ المولي ووجه اندِفاعِه أنّ قوله مِنّي يقتضي أنّ فعله مقصودٌ بالحلِفِ عليه كفعلِ الأخذِ وقد تقرّر أنّ الفعلَ المُكْرَهَ عليه غيرُ مقصودٍ بالحلِفِ عليه أُكْرِهَ بحَقٍّ أو باطِلٍ والمولي ليس مِمّا نحن فيه؛ لأنّ الشرعَ أكرَهَه على الطّلاقِ نفسِه وما نحن فيه الإكْراه على خارجٍ عنه جعله الحالِفُ سببًا له عندَ الاختيارِ لا الإكْراه لِما تقرّر أنّ الفعلَ المُطْلَقَ يُحْمَلُ على ذلك وشتّانَ ما بينهما ثمّ رأيت القاضيَ صرّح بما ذكرْته فقال إنّ المحلوفَ عليه هنا الأخذُ باختيارِ المُعْطي والإمامُ أقرَّه عليه والزّركشيُّ قال نحن لا نرى ذلك بل يكفي الأخذُ منه، وإنْ لم يُعْطِ انتهى ويُرَدُّ بأنّ فيما رآه إلغاءً لِقولِه مِنّي الظّاهرِ في أنّه لا بُدَّ من نَوْعِ اختيارٍ له في الإعطاءِ إذْ مَنْ أخذَ من مُكْرَهٍ لا يُقالُ أخذَ منه على الإطلاقِ وإنّما يُقالُ أكرَهَه حتى أعطاه، ويُؤْخَذُ مِمّا تقرّر أنّ مَنْ حَلَفَ لا يُكلِّمُ فُلانًا فأجبرَه القاضي على كلامِه لا يحنَثُ به لَكِنّ مَحَلَّه فيما فعله لِداعيةِ الإكْراه، وهو ما يَزولُ به الهجْرُ المُحَرَّمُ أمّا الزّائِدُ

فإنْ ظَهَرَتْ قَرينةُ اخْتيارٍ بأنْ أُكْرِهَ على ثَلاثٍ، فَوَحَّدَ، أو صَريحٍ أو تَعْليقٍ فَكَنّى أو نَجَّزَ أو على طَلَّقْتُ فَسَرَّحَ أو بالعُكوسِ وقَعَ، ....

عليه فيحنَثُ به؛ لأنّه ليس مُكْرَهًا عليه فإنْ فُرِضَ أنّ القاضيَ أجبَرَه على كلامِه، وإنْ زالَ الهجْرُ قبله لم يحنَث أيضًا لِما تقرّر أنّ المُكْرَهَ بباطِلٍ لا يحنَثُ فزعم بعضُهم أنّ إجبارَ القاضي إنّما ينصَرِفُ لِما يَزولُ به الهجْرُ المُحَرَّمُ مَحَلُّه حيثُ لم يَنُصَّ القاضي على خلافِ ذلك، وإنْ تعدّى به وذلك للخبرِ الصّحيحِ برَفْعِ القلَمِ عنه مع الخبرِ الصّحيحِ أيضًا «لا طلاقَ في إغلاقٍ»[١]، وفَسَّرَه كثيرون بالإكْراه كأنّه أُغْلِقَ عليه البابُ أو انغَلَقَ عليه رَأْيُه ومَنَعوا تفسيرَه بالغضَبِ لِلاتّفاقِ على وُقوعِ طلاقِ الغضْبانِ قال البيْهَقيُّ، وأفتى به جمعٌ من الصّحابةِ ولا مُخالِفَ لهم منهم ومنه كما هو ظاهِرٌ ما لو حَلَفَ لَيَطَأنّها قبلَ نَوْمِه فغلبه النّوْمُ بحيثُ لم يستَطِعْ رَدَّه بشرطِ أنْ لا يتمَكَّنَ منه قبلَ غلبته له بوجهٍ، أمّا الإكْراه بحَقٍّ كطَلِّقْ زوجَتَك، وإلا قتَلْتُك بقتلِك أبي فيقعُ معه وكذا في إكْراه القاضي لِلمولي بشرطِه الآتي واستَشْكله الرّافِعيُّ، وأجابَ عنه ابنُ الرِّفعةِ بما بَيَّنْتُه في شرحِ الإرشادِ نعم، لو أكرَهَه على طلاقِ زوجةِ نفسِه وقَعَ؛ لأنّه أبلَغُ في الإذْنِ وكذا إذا نَوَى المُكْرَه الإيقاعَ لَكِنّه الآنَ غيرُ مُكْرَهٍ كما في قولِه (فإنْ ظهر قرينةُ اختيارٍ بأنْ) هي بمعنى كأنْ (أُكرِهَ) على طلاقِ إحدَى امرَأتَيْه مُبْهمًا فعيَّنَ أو مُعيَّنًا فأبهَمَ أو (على ثلاثٍ فوَحَّدَ أو صريحٍ أو تعليقٍ فكنَى أو نَجَّزَ أو على) أنْ يقولَ (طَلَّقْت فسَرَّحَ أو بالعُكوسِ) أي على واحدةٍ فثلَّثَ أو كِنايةٍ فصرّح أو تنجيزٍ فعلَّقَ أو تَسريحٍ فطَلَّقَ (وقَعَ)؛ لأنّه مختارٌ لِما أتَى به، ويظهرُ أنّ نيّتَه استعمالُ لفظِ الطّلاقِ في معناه كافٍ هنا، وإنْ لم يقصِد الإيقاعَ؛ لأنّ الشرطَ أنْ يُطَلِّقَ لِداعي الإكْراه ومَنْ قصَدَ ذلك غيرُ مُطَلِّقٍ لِداعيه بل هو مختارٌ له فما أفْهَمَه قولُهم نَوَى الإيقاعَ أنّ نيّةَ غيرِه لا تُؤَثِّرُ كما في الكِنايةِ غيرَ مُرادٍ لِقولِهم لا بُدَّ أنْ يُطَلِّقَ لِداعي الإكْراه من غيرِ أنْ تظْهَرَ منه قرينةُ اختيارٍ ألبَتّةَ.

(تنبيهٌ) الإكْراه الشرعيُّ كالحِسّيِّ فلو حَلَفَ لَيَطَأنّ زوجَتَه اللّيْلةَ فوَجَدَها حائِضًا أو لَتَصومَنّ غدًا فحاضَتْ فيه أو لَيَبيعَنّ أمَتَه اليومَ فوَجَدَها حُبْلى منه لم يحنَث وكذا لو حَلَفَ لَيَقضيَنّ زَيْدًا حَقَّه في هذا الشّهرِ فعجَزَ عنه كما يأتي وحِكايةُ المُزَنيّ الإجماعَ على الحِنثِ هنا غيرُ صحيحةٍ؛ لأنّ الخلافَ مَشهورٌ كما أشارَ إليه الرّافِعيُّ أواخِرَ الطّلاقِ وتَبِعَه مُحقِّقو المُتأخِّرين كالبُلْقينيّ وغيرِه فأفتَوْا بعدمِ الحِنثِ وبعضُهم أوّلَ كلامَ المُزَنيّ وسيأتي أواخِرَ الأيمانِ وحَنِثَ مَنْ حَلَفَ لَيَعصيَنّ اللّهَ وقتَ كذا فلم يعصِه إنّما هو لِحَلِفِه على المعصيةِ قصْدًا ومن ثَمَّ لو حَلَفَ لا يُصَلّي الظُّهْرَ فصَلّاه حَنِثَ والحاصِلُ أنّه حيثُ خَصَّ يَمينَه بالمعصيةِ أو أتى بما يَعُمُّها قاصِدًا دخولَها أو دَلَّتْ عليه قرينةٌ كما

---

(١) [حسن] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٦/ ٢٧٦]، وأبو داود في (سننه) [رقم/ ٢١٩٣]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ٢٠٤٦]، وغيرهم من حديث: عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا به نحوه.

قلتُ: حديث حسن. وينظر: (صحيح أبي داود) للألباني [رقم/ ١٩١٩].

....

يأتي في مسألةِ مُفارَقة الغريم فإنّ ظاهرَ الخِصامِ والمُشاحّةِ فيها أنّه أرادَ لا يُفارِقُه، وإنْ أعسَرَ حَنِثَ بخلافِ مَنْ أطلقَ ولا قرينةَ فَيُحْمَلُ على الجائزِ؛ لأنّه الممكنُ شرعًا، والسّابِقُ إلى الفهْمِ ومنه أنْ يحلِفَ لا يُفارِقُه ظانًّا يَسارَه فبانَ إعسارُه فلا يحنَثُ بمُفارَقته ولو أرادَ بالوطءِ ما يَعُمُّ الحرامَ حَنِثَ بتركِه للحيضِ كما لو حَلَفَ لا يَفْعَلُ عامِدًا، ولا ناسيًا ولا جاهِلًا ولا مُكْرَهًا فيحنَثُ مُطْلَقًا قال بعضُهم ولو حَلَفَ لا يُصَلّي لِغيرِ قِبْلةٍ فصَلّى أربَعَ رَكعاتٍ؛ لأربَعِ جِهاتٍ بالاجتهادِ حَنِثَ ولا يُنْظَرُ إلى أنّ إيجابَ الشرعِ الصّلاةَ عليه إلى هذه الجِهات مُنَزَّلٌ منزلةَ الإكْراه كما تقرّر قال؛ لأنّ هذا إنّما هو في حَلِفٍ يتضَمَّنُ الحثَّ على الفعلِ؛ لأجلِ الحلِفِ كالمسألةِ المذكورةِ ومسألَتُنا الحلِفُ فيها يتضَمَّنُ مَنْعَ نفسِه من الفعلِ؛ لأجلِ الحلِفِ ولم يقولوا بأنّ إيجابَ الشرعِ فيه مُنَزَّلٌ منزلةِ الإكْراه بل صرحوا في لا أُفارِقُك فأفْلَسَ ففارَقَه مختارًا حَنِثَ، وإنْ كان فِراقُه له واجبًا ولَمّا لم يظهرْ للإسنَويِّ ذلك ادَّعى أنّ كلامَهما مُتناقِضٌ. انتهى.

وفي الفرقِ بين الحثِّ والمنْعِ نَظَرٌ؛ لأنّ الشّارعَ كما مَنَعَه من الفعلِ الذي حَثَّ نفسَه عليه في الأوّلِ كذلك ألزَمَه بالفعلِ الذي مَنَعَ نفسَه منه في الثاني فهو مُكْرَهٌ فيهما وقد يُفَرَّقُ بأنّ الأوّلَ فيه إثباتٌ، وهو لا عمومَ فيه فلم يتناوَل اليمينُ جميعَ الأحوالِ بالنّصِّ والثاني فيه نفيٌ، وهو للعموم؛ لأنّ الفعلَ كالنّكِرةِ إثباتًا ونفيًا ففيه الحلِفُ على كلِّ جُزْئيّةٍ من جُزْئيّات المُفارَقة بالمُطابَقة فصار حالِفًا على المعصيةِ هنا قصْدًا فحَنِثَ كما مَرَّ في لَيعصيَنّ اللّهَ ويحث بعضُهم عدمَ الوُقوعِ في مسألةِ القِبْلةِ؛ لأنّه إنْ أرادَ الفرضَ فتعليقٌ بمُستَحيلٍ، وإلا فاجتهادُه يُصَيِّرُه جاهِلًا بالمحلوفِ عليه وليس كما زعم في الأولى؛ لأنّ هذا ليس من التعليقِ بالمُستَحيلِ الشرعيِّ في شيءٍ كما هو واضِحٌ، وأمّا الثاني فمُحْتَمَلٌ بل مُتَّجَهٌ؛ لأنّ انبِهامَ جِهةِ غيرِ القِبْلةِ عليه حالةَ الصّلاةِ يُصَيِّرُه جاهِلًا عندَ التّوَجُّه إلى كلِّ جِهةٍ بأنّها غيرُ القِبْلةِ وعلمُه بعدُ لا ينفي جَهْلَه حالةَ الفعلِ والعبرةُ بهذا دون ما بعدُ وما قبلُ فاندَفع ما قيلَ كلُّ أحدٍ يعلَمُ أنّ جِهةَ القِبْلةِ واحدةٌ لا غيرُ ووجه اندِفاعِه ما قرّرْته أنّ العبرةَ في الجهْلِ إنّما هو بجَهْلِ المحلوفِ عليه عندَ الفعلِ ولا شَكَّ أنّه جاهِلٌ بعَينِ المحلوفِ عليه عندَ ابتداءِ التّوَجُّه إلى كلِّ جِهةٍ، وجعلَ الجلالُ البُلْقينيُّ من الإكْراه الشرعيِّ إنْ لم أدْخُل الدّارَ فأنت طالِقٌ.

وهي لِغيرِه أي الذي لا يعلَمُ رِضاه؛ لأنّه ممنوعٌ من دخولِها شرعًا، ويَرُدُّه أنّ هذا حَلِفٌ على فعلِ المعصيةِ قصْدًا فلا إكْراهَ فيه نظيرُ ما مَرَّ نعم، إنْ كان الفرضُ أنّه ظَنّ رِضاه بدخولِه ثمّ بانَ خلافُه، وأنّه مَنَعَه من الدُّخولِ اتُّجه ما قاله ومَرَّ أنّه لو قال إنْ أخذْت حَقَّك مِنى فأنتَ طالِقٌ فأعْطاه بإجبارِ الحاكِمِ كان إكْراهًا مع رَدِّ ما لِلزَّرْكشيِّ فيه بما حاصِلُه أنّ إجبارَ الحاكِمِ على فعلِ المُعَلَّقِ عليه يمنعُ الوُقوعَ أي إنْ لم يكن له مَندوحةٌ عنه لِقولِهم: لو حَلَفَ لا يحلِفُ يَمينًا مُغَلَّظةً وحَلَفَها حِنِثَ لإمكانِ التّخَلُّصِ منها بأداءِ المُدَّعَى به عليه ومن ثَمّ قال الزّركشيُّ هنا لا بُدَّ أنْ يُجْبَرَ على الإعطاءِ بنفسِه، وإلا

وشَرْطُ الإكْراه قُدْرةُ المُكْرِه على تَحْقيقِ ما هَدَّدَ به بوِلايةٍ أو تَغَلُّبٍ، وعَجزُ المُكْرَه عن دَفْعِه بهَرَبٍ وغيرِه وظَنُّه أنّه إن امتَنَعَ حَقَّقَه، ويَحْصُلُ بتَخْويفٍ بضَرْبٍ شَديدٍ ....

فهو قادِرٌ على التوكيلِ فتركُه تقصيرٌ فيحنَثُ به قالا عن ابنِ الصَّبّاغِ فيمَنْ حَلَفَ بعتقِ عبدِه المُقَيَّدِ أنّ قَيْدَه عَشرةُ أرطالٍ وحَلَفَ أيضًا أنّه لا يَحِلُّه هو ولا غيرُه فشَهِدَ عَدْلانِ أنّ القيْدَ خمسةُ أرطالٍ فحُكِمَ بعتقِه ثمّ حَلَّه فوَجَدَ وزْنَه عَشرةَ أرطالٍ فلا شيءَ على الشّاهِدَين؛ لأنّ العتقَ حَصَلَ بالحلِّ؛ لأنّه حَلَّ مختارًا لِظَنّه عتقَه بالشّهادةِ وقد بانَ خطؤُه مع تقصيرِه فلا يُعْذَرُ بالجهْلِ إذْ كان من حَقِّه أنْ لا يَحِلَّه حتى يَحِلَّه الحاكِمُ، ويظهرَ صِدْقُه انتهى فإنْ قُلْت ليس هنا حاكِمٌ حكم عليه بحَلِّه فليس هذا مِمّا نحن فيه قُلْت ممنوعٌ؛ لأنّ مفهومَه أنّ الحاكِمَ لو حَلَّه لا حِنْثَ؛ لأنّه لا مَندوحةَ حينئذٍ ومثلُ حَلِّه كما هو ظاهرٌ ما لو ألْزَمَ السَّيِّدَ بحَلِّه ولم يَجِدْ بُدًّا من امتثالِ أمرِه، ويُؤْخَذُ من الحكمِ عليه بالتقصيرِ مع ظَنّه العتقَ بالشّهادةِ أنّه لا عبرةَ بجَهْلِ الحكمِ كما يأتي بَسطُه آخِرَ البابِ ولا بالجَهْلِ بالمحلوفِ عليه إذا نُسِبَ فيه إلى تقصيرٍ والمُرادُ بالحلِفِ بعتقِه تعليقُه عليه لِما يأتي في النّذْرِ في والعتقِ أو العتقُ يلزمُني لا أفْعلُ كذا أنّه لَغْوٌ بشرطِه، وتَرَدَّدَ بعضُهم في أنّا حيثُ ألحَقْنا حكمَ الحاكِمِ بالإكْراه هل يُشْتَرَطُ قُدْرَتُه على المحكومِ عليه فلا أثَرَ له في ظالِمٍ لا يَمْتَثِلُه والذي يُتَّجَه أنّه لا فرقَ؛ لأنّ الفرضَ أنّ المحكومَ عليه فعلَ ذلك لِداعيةِ امتثالِ الشرعِ فلا فرقَ بين قُدْرةِ الحاكِمِ على إجبارِه عليه حِسًّا لو امتنع، وإنْ لا وبِما تقرّر عُلِمَ صِحّةُ ما أفتى به كثيرون من المُتأخِّرين ودَلَّ عليه كلامُهما في مَواضِعَ أنّ مَنْ حَلَفَ لا يُؤَدّي ما عليه فحكم عليه حاكِمٌ بأدائِه لا يحنَثُ، ويأتي في الأيمانِ ما له تعلُّقٌ بذلك.

(وشرطُ) حُصولِ (الإكْراه قُدْرةُ المُكْرِه) بكسرِ الرّاءِ (على تَحْقيقِ ما) أي مُؤْذٍ غيرِ مُستَحِقٍّ (هَدَّدَ المُكْرَهَ (به) عاجِلًا سواءٌ أكانتْ قُدْرَتُه عليه (بوِلايةٍ أو تَغَلُّبٍ) أو فرطِ هُجوم (وعَجزُ المُكْرَه) بفتحِ الرّاءِ (عن دَفْعِه بهَرَبٍ أو غيرِه) كالاستغاثةِ (وظَنُّه) بقَرينةِ عادةٍ مثلًا (أنّه إن امتنع حَقَّقَه) أي فعلَ ما خَوَّفَه به إذْ لا يتحَقَّقُ العجْزُ بدونِ اجتماعِ ذلك كلِّه وخرج بغيرِ مُستَحِقٍّ قولُه: لِمَنْ له عليه قوَدٌ طَلِّقْها، وإلا اقتصَصْت منك كما مَرَّ وبِعاجِلًا لَأقتُلَنّك غدًا فيقعُ فيهما، وإنْ علم من عادَته المُطَّرِدةِ أنّه إذا لم يَمْتَثِلْ أمرَه الآنَ تَحقَّقَ القتلُ غدًا كما اقتضاه إطلاقُهم، ويوَجَّه بأنّ بَقاءَه للغَدِ غيرُ مُتيَقَّنٍ فلم يتحقّق الإلجاءُ قال الزّركشيُّ وشَمِلَ إطلاقُه ما لو خَوَّفَ آخرَ بما يحسَبُه مُهْلِكًا أي فبانَ خلافُه وللإمام فيه احتمالانِ من الخلافِ فيما لو صَلَّوْا لِسوادٍ ظَنّوه عَدوًّا قال في البسيطِ لَعَلَّ الأوجَهَ عدمُ الوُقوعِ؛ لأنّه ساقِطُ الاختيارِ وإنْ كان ذلك بظَنٍّ فاسِدٍ انتهى.

فإنْ قُلْت يُنافيه قولُهم لا عبرةَ بالظّنِّ البيِّنِ خطؤُه قُلْت لا يُنافيه؛ لأنّ العبرةَ هنا بكونِه مُلْجَأً ظاهرًا، وهذا كذلك وتلك القاعِدةُ مَحَلُّها فيما يُشْتَرَطُ له نيّةٌ ونحوُه دون ما نيطَ الأمرُ فيه بالظّاهرِ كما هنا. (ويحصُلُ) الإكْراه (بتخويفٍ بضَرْبٍ شَديدٍ) كصَفْعةٍ لِذي مُروءةٍ في الملأ كما يُصَرِّحُ به قولُ

أو حَبْسٍ أو إتْلافِ مالٍ ونَحْوِها. وقيلَ يُشْتَرَطُ قَتْلٌ، وقيلَ قَتْلٌ أو قَطْعٌ أو ضَرْبٌ مَخوفٌ. وَلا تُشْتَرَطُ التَّوْرِيَةُ بأَنْ يَنْوِيَ غيرَها، وقيلَ إنْ تَرَكَها بلا عُذْرٍ وقَعَ. وَمَنْ أَثِمَ بمُزيلِ عَقْلِه من شَرابٍ أو دَواءٍ نَفَذَ طَلاقُه وتَصَرُّفُه له وعليه قولاً وفِعْلاً على المذْهَبِ، ....

الدّارِميُّ وغيرُه أنّ اليسيرَ في حَقِّ ذي المُروءةِ إكْراهٌ (أو حَبْسٍ) طَويلٍ كما في الروضةِ وغيرِها أي عُرْفًا وبحث الأذرَعيُّ نظيرَ ما قبله، وهو أنّ القليلَ لِذي المُروءةِ إكْراهٌ (أو إتلافِ مالٍ) وقولُ الروضةِ ليس بإكْراهٍ محمولٌ على قليلٍ كتخويفِ موسِرٍ بأخذِ خمسةِ دَراهِمَ كما في حِلْيةِ الرّويانيِّ ونَقَله في الروضةِ عن الماسَرْجِسيِّ وقال عن الماوَرْديِّ إنّه الاختيارُ واختارَه جمعٌ مُتأخِّرون، وهذا أولى من تصويبِ الأذرَعيِّ وغيرِه ما في المتنِ بإطلاقِه، وظاهرُ كلامِهم هنا أنّه لا عبرةَ بالاختصاصِ، وإنْ كثُرَ، ويُؤَيِّدُه أنّه لا عبرةَ هنا بالمالِ التّافِه مع أنّه خيرٌ من الاختصاصِ، وإنْ كثُرَ، ويظهرُ ضَبْطُ الموسِرِ المذكورِ بمَنْ تقضي العادةُ بأنّه يسمَحُ ببَذْلِ ما طُلِبَ منه ولا يُطَلِّقُ، ويُؤَيِّدُه قولُ كثيرين: إنّ الإكْراهَ بإتلافِ المالِ يختلفُ باختلافِ طَبَقات النّاسِ، وأحوالِهم (ونحوِها) من كلِّ ما يُؤْثِرُ العاقِلُ الإقدامَ على الطّلاقِ دونَه كالاستخْفافِ بواجيهٍ بين الملأ وكالتّهْديدِ بقتلٍ بعضٍ معصوم، وإنْ عَلا أو سفَلَ وكذا رَحِمٍ محرَمٍ على أحدِ وجهَين يظهرُ ترجيحُه، ويظهرُ أيضًا أنّه يُلْحَقُ بالقَتلِ هنا نحوُ جُرْحٍ وفُجورٍ به بل لو قال له طَلِّقْ زوجَتَك، وإلا فجَرْت بها كان إكْراهًا فيما يظهرُ أيضًا بخلافِ قولِ آخَرَ - ولو نحوَ ولَدِه خلافًا للأذرَعيِّ ومَنْ تَبِعَه - له طَلِّقْ، وإلا قتَلْت نفسي أو كفرت (وقيلَ يُشتَرَطُ قتلٌ) لِنحوِ نفسِه؛ لأنّه الذي ينسَلِبُ به الاختيارُ.

(وقيلَ قتلٌ أو قطعٌ أو ضَرْبٌ مَخوفٌ) لإفضائِها إلى القتلِ (ولا تُشتَرَطُ التوريةُ) في الصّيغةِ كأنْ ينويَ بطَلَّقْتُ الإخبارَ كاذِبًا أو إطلاقَها من نحوِ قيْدٍ أو يقولَ عَقِبَها سِرًّا إنْ شاءَ اللّه تعالى وما أوهَمَه كلامُهما على ما زعم أنّ المشيئةَ بالقلْبِ تنفَعُ وجهٌ ضعيفٌ ولا في المرأةِ (بأنْ ينويَ غيرَها)؛ لأنّه مُجْبَرٌ على اللّفظِ فهو منه كالعدم.

(وقيلَ إنْ تَرَكَها بلا عُذْرٍ) كغَباوةٍ أو دَهْشةٍ (وقَعَ) لإشعارِه بالاختيارِ، ومن ثَمَّ لَزِمت المُكْرَهَ على الكُفْرِ. (ومَنْ أثِمَ بمُزيلِ عقلِه من) نحوِ (شَرابٍ أو دَواءٍ) أو وثبةٍ (نَفَذَ طلاقُه وتَصَرُّفُه له وعليه قولاً وفعلاً على المذهبِ) كما مَرَّ في السّكْرانِ بما فيه واحتاجَ لهذا لِما فيه من العمومِ ولِبَيانِ ما فيه من الخلافِ بخلافِ ما إذا لم يأثَم كمُكْرَهٍ على شُرْبِ خمرٍ وجاهِلٍ بها، ويُصَدَّقُ بيَمينِه فيه لا في جَهْلِ التحريمِ إذا لم يُعْذَرْ فيما يظهرُ وكمُتَناوِلِ دَواءٍ يُزيلُ العقلَ لِلتّداوي أي المُنْحَصِرِ فيه فيما يظهرُ فلا يقعُ طلاقُه ولا ينفُذُ تَصَرُّفُه ما دامَ غيرَ مُمَيِّزٍ لَما يَصْدُرُ منه لِرَفْعِ القلَمِ عنه، ويُصَدَّقُ في دعوَى الإكْراه على ما نَقَله الأذرَعيُّ ثمّ بحث أنّه يُستفسَرُ فإنْ ذكرَ إكْراهًا مُعتَبَرًا فذاك فإنّ أكثرَ النّاسِ يَظُنُّ ما ليس بإكْراهٍ إكْراهًا والحاصِلُ أنّ المعتمدَ في ذلك أنّه لا بُدَّ قال بعضُهم في غيرِ العارِفِ أي الموافِقِ للقاضي وفيه نَظَرٌ فإنّ أهلَ المذهبِ مختَلِفون فيما به الإكْراه اختلافًا كثيرًا فالذي يُتَّجه أنّه لا فرقَ من تفصيلِ ما به

وفي قولٍ لا، وقيلَ عليهِ. ولو قال رُبْعُكِ أو بعضُكِ أو جُزْؤُكِ أو كَبِدُكِ أو شَعْرُكِ أو ظُفْرُكِ طالِقٌ وقَعَ، وكذا دَمُكِ على المذْهَبِ، لا فَضْلَةٌ كَريقٍ وعَرَقٍ، وكذا مَنِيٌّ ....

الإكْراه ثمّ إنْ قامت قرينةٌ عليه كحَبْسٍ صُدِّقَ بيَمينِه، وإلا فلا بُدَّ من البيِّنةِ المُفَصِّلةِ وكذا في زَوالِ العقلِ يُصَدَّقُ لِقَرينةِ مَرَضٍ واعتيادِ صَرْعٍ، وإلا فالبيِّنةُ، وله أنْ يُحَلِّفَ الزوجةَ أنّها لا تعلَمُ ذلك (وفي قولٍ لا) ينفُذُ منه ذلك لِما في خبرِ ماعِزٍ: (أبِكَ جُنونٌ فقال لا فقال أشَرِبْت الخمرَ فقال لا فقامَ رجلٌ فاستنكهَه فلم يَجِدْ فيه ريحَ خمرٍ) أنّ الإسكارَ يُسقِطُ الإقرارَ وأُجيبَ بأنّ هذا في حُدودٍ لِلّه تعالى التي تُدْرَأُ بالشُّبُهات وفيه نَظَرٌ إذْ ظاهرُ كلامِهم نُفوذُ تَصَرُّفاته حتى إقرارِه بالزِّنا فالأولى أنْ يُجابَ بأنّه ليس في الخبرِ أشَرِبْت الخمرَ مُتعدّيًا بل يُحتَمَلُ أنّه ﷺ جوّزَ أنّ ذلك لِسُكْرٍ به لم يَتعدَّ به فسأله عنه (وقيلَ) ينفُذُ تَصَرُّفُه (فيما عليه) فقط كالطّلاقِ دون مالِه كالنّكاحِ وفي حَدِّ السّكْرانِ عباراتٌ الأصحُّ منها أنّه يُرْجَعُ فيه للعُرْفِ بأنْ يَصيرَ بحيثُ لا يُمَيِّزُ على أنّه لا يُحتاجُ لِذلك على الأوّلِ؛ لأنّه ينفُذُ فيما له وعليه مُطْلَقًا، وإنْ صار مُلْقًى كالزِّقِّ كما مَرَّ.

(ولو قال رُبْعُك أو بعضُك أو جُزْؤُك) الشّائعُ أو المُعَيَّنُ قال المُتَوَلّي حتى لو أشارَ لِشَعْرةٍ منها بالطّلاقِ طَلُقت (أو كبِدِك أو شَعْرِك) أو شَعْرةٍ منك أخذًا من كلامِ المُتَوَلّي المذكورِ (أو ظُفرِك) أو سِنّك أو يَدِك ولو زائِدًا (طالِقٌ وقَعَ) إجماعًا في البعضِ وكالعتقِ في الباقي، وإنْ فرّقَ نعم، لو انفَصَلَ نحوُ أُذُنِها أو شَعْرةٍ منها فأعادَتْه فثَبَتَ ثمّ قال أُذُنُك مثلًا طالِقٌ لم يقعْ نَظَرًا إلى أنّ الزّائِلَ العائِدَ كالذي لم يَعُدْ ولأنّ نحوَ الأُذُنِ يجبُ قطعُها كما يأتي في الجِراحِ ثمّ الطّلاقُ في ذلك يقعُ على المذكورِ أوّلاً ثمّ يسري للباقي وقيلَ هو من بابِ التعبيرِ بالبعضِ عن الكلِّ ففي إنْ دَخَلْت فيَمينُك طالِقٌ فقُطِعَتْ ثمّ دخلتْ يقعُ على الثاني فقط (وكذا دَمُك) طالِقٌ يقعُ به الطّلاقُ (على المذهبِ)؛ لأنّ به قوامَ البدَنِ كرُطوبةِ البدَنِ، وهي غيرُ العرَقِ وكالرّوحِ والنّفْسِ بسُكونِ الفاءِ بخلافِه بفتحِها كالظِّلِّ والصُّحْبةِ والصِّحّةِ (لا فضلةٌ كريقٍ وعَرَقٍ) على الأصحِّ؛ لأنّ البدَنَ ظَرْفٌ لهما فلا يَتعلّقُ بهما حِلٌّ يُتَصَوَّرُ قطعُه بالطّلاقِ قيلَ الدّمُ من الفضَلات فلم يوجَدْ شرطُ العطْفِ بلا انتهى ويُرَدُّ بمَنْعِ أنّه فضْلةٌ مُطْلَقًا لِما مَرَّ في تعليلِه ولو أضافَه لِلشَّحْمِ طَلُقت بخلافِ السِّمَنِ كما في الروضةِ، وإنْ سوَّى كثيرون بينهما وصَوَّبَه غيرُ واحدٍ.

ويُفَرِّقُ بأنّ الشّحْمَ جِرْمٌ يَتعلَّقُ به الحِلُّ وعدمُه والسِّمَنُ ومثلُه سائِرُ المعاني كالسّمْعِ والبصَرِ معنًى لا يَتعلَّقُ به ذلك، وهذا واضِحٌ لا غُبارَ عليه وبه يُعْلَمُ أنّ الأوجَهَ في حياتك أنّه لا يقعُ به شيءٌ إلا إنْ قصَدَ بها الرّوحَ بخلافِ ما لو أرادَ المعنى القائِمَ بالحيِّ وكذا إنْ أطلقَ على الأوجَه وبهذا يَتَّضِحُ ما بحثه الجلالُ البُلْقينيُّ أنّ عقلَك طالِقٌ لَغْوٌ؛ لأنّ الأصحَّ عندَ المُتَكلّمين والفُقَهاءِ أنّه عَرَضٌ وليس بجوْهَرٍ وقضيّتُه أنّه لا حِنْثَ في الرّوحِ على القولِ بأنّها عَرَضٌ، وهو مُتَّجه الحِنْثِ في العقلِ بناءً على أنّه جوْهَرٌ وفيه نَظَرٌ؛ لأنّه لا يَتعلَّقُ به حِلٌّ مُطْلَقًا فهو كالسّمْعِ وما ذُكِرَ معه (وكذا مَنِيٌّ) ومنه الجنينُ

ولَبَنٌ في الأصَحِّ، ولو قال لِمَقْطوعةِ يَمينٍ يَمينُك طالِقٌ لم يَقَعْ على المذْهَبِ. ولو قال أنا منك طالِقٌ ونَوَى تَطْليقَها طَلُقَتْ، وإنْ لم يَنْوِ طَلاقًا فلا.

(ولَبَنٌ في الأصحِّ)؛ لأنّهما مُهَيَّئانِ للخُروجِ كالفضَلات بخلافِ الدّم. (ولو قال لِمقطوعةِ يَمينٍ يَمينُك طالِقٌ لم يقعْ)، وإن التصَقت كما مَرَّ نظيرُه (على المذهب) كما لو قال لها ذكرُك طالِقٌ والتعبيرُ بالبعضِ عن الكلِّ السّابِقِ ضَعْفُه إنّما يتأتّى في بعضِ موجودٍ يُعَبَّرُ به عن الباقي وقَيَّدَه الرّويانيُّ بما إذا قُطِعَتْ من الكتفِ وقضيّتُه أنّه إذا بَقيَ منها شيءٌ وقَعَ لَكِنّ العُرْفَ المُطَّرِدَ أنّها متى قُطِعَتْ من الكوعِ سُمّيَتْ مقطوعةَ اليمينِ، ويَدُلُّ له «فاقطَعوا أيمانَهما» في قِراءةٍ شاذّةٍ ومع ذلك اكتَفَوْا بقَطْعِ الكوعِ لِفعلِه ﷺ له وردّوا قولَ الظّاهريةِ تُقْطَعُ من الكتفِ ووقع لِبعضِهم أنّه أفتى في أنثيَيْك طالِقٌ بالوُقوعِ أخذًا من قولِ أهلِ التّشريحِ الرّحِمُ عَصَبانيٌّ له عُنُقٌ طَويلٌ في أصلِه أنثيانِ كذكرٍ مقلوبٍ والوجه بل الصّوابُ عدمُ الوُقوعِ أمّا أوّلاً فلِتصريحِهم بأنّه لا بُدَّ في وجودِ المُعَلَّقِ به الطّلاقُ من تَيَقُّنِه أي أو الظّنِّ القويِّ بحُصولِه كما قالوه في التعليقِ بليلةِ القدرِ استنادًا لِما فيها من الأحاديثِ الصّحيحةِ وما ذكرَ أنّ لها أنثيَين لم يُعْلم ولم يُظَنّ ظَنًّا قويًّا ذلك إذْ لم يَرِدْ به خبرُ معصوم وقولُ أهلِ التّشريحِ لا يُقْبَلُ في مثلِ ذلك؛ لأنّ مَبناه على الحدْسِ والتّخمينِ، وأمّا ثانيًا فلو سلَّمْنا لهم ما قالوه فغايَتُه أنّهم رَأوا ثَمَّ ما هو على صِفة الأنثيَين فسَمَّوْهما بذلك والتّسميةُ ليستْ لهم، وإنّما هي؛ لأهلِ اللُّغةِ فإنْ تعذَّروا فأهلُ العُرْفِ العامِّ لِقولِ الشيخينِ إنّ الأصحابَ إلا الإمامَ والغزاليَّ يُقَدِّمون الوضْعَ اللُّغَويَّ على الوضْعِ العُرْفيِّ أي بقَيْدِه المعلومِ مِمّا سأذكُره في الأيمانِ، وأهلُ اللُّغةِ لم يَتعرَّضوا لِتَينك الأنثيَين فدَلَّ على أنّه لا وجودَ لهما عندَهم وعلى أنّهما لا يُسَمَّيانِ بأنثيَين ولا خُصيتين ولا بَيْضَتَين وكذلك أهلُ العُرْفِ لا يعرِفون ذلك فضْلاً عن تَسميَته بذلك وكذلك أهلُ الشرعِ لا يعرِفون ذلك، وإلا لَما خَصّوا وجوبَ الدّيةِ في الأنثيَين بأنثى الذّكرِ الصّريحِ في أنّ ما للأنثى من صورَتِهما لا يُسَمَّى باسمِهما، وإلا لَوَجَبَ فيهما نصفُ ما وجَبَ في أنثيِ الذّكرِ على القاعِدةِ المُقَرَّرةِ في ذلك نعم، إنْ أرادَ المُعَلِّقُ بأنثيَيْك اصطِلاحَ أهلِ التّشريحِ فلا شَكَّ في الوُقوعِ ولَعَلَّ هذا مُرادُ مَنْ أطلَقَ الوُقوعَ، وإلا فكلامُه في غايةِ السُّقوطِ كما عُلِمَ مِمّا تقرّر ثمّ رأيت عن بعضِ المُتأخّرين أنّه أفتى بعدمِ الوُقوعِ، ويَتعيَّنُ حملُه على ما قرَّرْته.

(ولو قال أنا منك طالِقٌ ونَوَى تَطليقَها) أي إيقاعَ الطّلاقِ عليها (طَلُقت)؛ لأنّ عليه حَجْرًا من جهتها إذْ لا ينكِحُ معها نحوَ أختِها ولا أربَعًا سِواها مع ما لها عليه من الحُقوقِ والمُؤَنِ فصَحَّ حملُ إضافة الطّلاقِ إليه على حِلِّ السّبَبِ المقتضي لهذا الحجْرِ مع النّيّةِ وقولُه: منك وقَعَ في الروضةِ وغيرِها قال الإسنَويُّ، وهو غيرُ شرطٍ ومن ثَمَّ حَذَفَها الدّارِميُّ ثمّ إن اتَّحَدَتْ زوجَتُه فواضِحٌ، وإلا فمَنْ قصَدَها ومَرَّ الفرقُ بين هذا وقولِه لِعبدِه أنا منك حُرٌّ (وإنْ لم ينوِ طلاقًا) أي إيقاعَه (فلا) يقعُ عليه شيءٌ؛ لأنّه بإضافَته لِغيرِ مَحَلِّه خرج عن صَراحَته فاشتُرِطَ فيه قصْدُ الإيقاعِ؛ لأنّه صار كِنايةً كما تقرّر.

وكذا إنْ لم يَنْوِ إضافَتَه إليها في الأصَحِّ ولو قال أنا منك بائِنٌ اشْتُرِطَ نيّةُ الطّلاقِ، وفي الإضافةِ الوجْهانِ.

ولو قال استبْرِئي رَحِمي منك فَلَغْوٌ، وقيلَ إنْ نَوَى طَلاقَها وقَعَ.

فَصْلٌ

خِطابُ الأجْنَبيّةِ بطَلاقٍ وتَعْليقُه بنِكاحٍ وغيرِه لَغْوٌ ....

(وكذا إنْ لم ينوِ إضافتَه إليها)، وإنْ نَوَى أصلَ الطّلاقِ أو طلاقَ نفسِه خلافًا لِجمعٍ لا تَطْلُقُ (في الأصحِّ)؛ لأنّها المحَلُّ دونَه، واللّفْظُ مُضافٌ له فلا بُدَّ من نيّةٍ صارِفةٍ تجعَلُ الإضافةَ له إضافةً لها ولو فوَّضَ إليها طلاقَها فقالتْ له أنتَ طالِقٌ فقد مَرَّ في فصلِ التّفْويضِ. (ولو قال أنا منك) مَرَّ أنّه غيرُ شرطٍ (بائِنٌ) أو نحوِها من الكِنايات (اشتُرِطَ نيّةُ) أصلِ (الطّلاقِ)، وإيقاعِه كسائِرِ الكِنايات (وفي) نيّةِ (الإضافة) إليها (الوجهانِ) في أنا منك طالِقٌ والأصحُّ اشتراطُها قيلَ لا حاجةَ لهذه لِفَهْمِها بالأولى مِمّا قبلَها انتهى ويُرَدُّ بمَنْعِ ذلك بل بينهما فرقٌ إذِ المنويُّ هنا أصلُ الطّلاقِ والإيقاعُ والإضافة وثَمَّ الأخيرانِ فقط أي نيّةُ إيقاعِ الطّلاقِ الملفوظِ، وإضافتُه إليها فإنْ قُلْت صرّح في أصلِ الروضةِ بأنّ نيّةَ الإيقاعِ تَستَلْزِمُ نيّةَ أصلِ الطّلاقِ فاستَوَيا قُلْت استواؤُهما بهذا التقريرِ لا يمنعُ حُسنَ التّصْريحِ، فاعلم المُفيدَ لِذلك. (ولو قال أستبرِئ) أي أنا كما قاله الزّركشيُّ واستَشْهَدَ له بتصويرِ الشرحِ الصّغيرِ (رَحِمي منك) أو أنا مُعتَدٌّ منك (فلَغوٌ)، وإنْ نَوَى به الطّلاقَ لاستحالَته في حَقِّه وفي التّتمّةِ لو قال لِآخرَ طَلِّق امرَأتي فقال له طَلَّقْتُك، ونَوَى وُقوعَه عليها لم تَطْلُقْ؛ لأنّ النّكاحَ لا تعلُّقَ له به بخلافِ المرأةِ مع الزوجِ انتهى وظاهرُ كلامِه أنّه لا فرقَ بين أنْ يُفَوِّضَ إليه تلك الصّيغةَ مع النّيّةِ، وأنْ لا وفيه نَظَرٌ إذا فوَّضَها إليه؛ لأنّ قطعَ النّكاحِ حينئذٍ له به تعلُّقٌ (وقيلَ إنْ نَوَى طلاقَها وقَعَ)؛ لأنّ المعنى أستبرِئُ الرّحِمَ التي كانت لي منك .

فصل في بَيانِ مَحَلِّ الطّلاقِ والوِلايةِ عليه

(خِطابُ الأجنَبيّةِ بطلاقٍ وتعليقُه) بالرّفْعِ، ويصحُّ جَرُّه لَكِنّه يوهِمُ اشتراطَ الخِطابِ فيه وليس كذلك على أنّ ذِكْرَ أصلِ الخِطابِ تصويرٌ لا غيرُ (بنِكاحٍ) كإنْ تَزَوَّجْتها فهي طالِقٌ (وغيرُه) كقولِه لأجنَبيّةٍ إنْ دَخَلْت فأنت طالِقٌ فتَزَوَّجها ثمّ دخلتْ (لَغْوٌ) إجماعًا في المُنْجَزِ وللخبرِ الصّحيحِ «لا طلاقَ إلا بعدَ نِكاحٍ»[1] وحملُه على المُنَجَّزِ يَرُدُّه خبرُ الدّارَقُطْنيِّ يا رَسولَ اللّه إنّ أُمّي عَرَضَتْ عليَّ قرابةً لها فقُلْتُ هي طالِقٌ إنْ تَزَوَّجْتها فقال ﷺ: «هل كان قبلَ ذلك مِلْك» قُلْت لا قال: «لا بَأسَ»[2]

(١) أخرجه: الحاكم في (المستدرك على الصحيحين) [٢/ ٤٥٤]، وغيره من حديث: ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) [سنده ضعيف] أخرجه: الدارقطني في (سننه) [٤/ ١٩]، من طريق: عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه به نحوه.

قلتُ: سنده ضعيف. ينظر: (التلخيص الحبير) لابن حجر [٣/ ٢١٢].

والأَصَحُّ صِحَّةُ تَعْليقِ العبْدِ ثالِثةً كَقولِه: إنْ عَتقْت أو إنْ دَخلْت فأنْتِ طالِقٌ ثلاثًا فَيَقعْنَ إذا عَتقَ أو دَخلَتْ بعد عِتْقِهِ. وَيَلْحقُ رَجعيَّةً لا مُخْتَلِعةً، ولو عَلَّقه بدُخولِ فبانَتْ ثم نَكَحَها ثم دَخلَتْ لم يَقَعْ إنْ دَخلَتْ في البيْنونةِ.

وكذا إنْ لم تَدْخُلْ في الأظْهَرِ، وفي ثالِثٍ يَقَعُ إنْ بانَتْ بدونِ ثَلاثٍ.

وخبرُه أيضًا سُئِلَ رَسولُ اللّه ﷺ عن رجلٍ قال يومَ أتزَوَّجُ فُلانةَ فهي طالِقٌ فقال: «طَلَّقَ ما لا يملكُ»[1] ولو حكم بصحّةِ تعليقِ ذلك قبلَ وُقوعِه حاكِمٌ يَراه نُقِضَ؛ لأنّه إفتاءٌ لا حكمٌ إذْ شرطُه إجماعًا كما قاله الحنَفيّةُ وغيرُهم وُقوعُ دعوَى مُلْزِمةٍ وقبلَ الوُقوعِ دعوَى مُلْزِمةٌ وقبلَ الوُقوعِ لا يُتَصَوَّرُ ذلك نعم، نُقِلَ عن الحنابِلةِ وبعضِ المالِكيّةِ عدمُ اشتراطِ دعوَى كذلك فعليه لا يُنْقَضُ حكمٌ بذلك صَدَرَ مِمَّنْ يَرى ذلك كما هو واضِحٌ وتعليقُ العتقِ بالملكِ باطِلٌ كذلك.

(والأصحُّ صحّةُ تعليقِ العبدِ ثالِثةً كقولِه إنْ عَتقتُ) فأنت طالِقٌ ثلاثًا (أو إنْ دَخلْت فأنت طالِقٌ ثلاثًا فيقعْنَ) أي الثلاثُ (إذا عَتقَ أو دخلت بعدَ عتقِه)؛ لأنّه مَلَكَ أصلَ الطّلاقِ فاستَتْبَعَ ولأنّ ملك النّكاحِ مُفيدٌ لِتلك الثلاثِ بشرطِ الحُرّيّةِ وقد وُجِدَ، وأفهَمَ قولُه: بعدَ عتقِه أنّه لو قارَنَ الدُّخولَ لفظُ العتقِ لم تَقَع الثالِثةُ وقد يُستَشْكلُ بأنّهم قالوا في البيعِ أنّه بآخِرِ الصّيغةِ يتبَيَّنُ ملكُه من أوّلِها فقياسُه هنا أنّه بآخِرِ لفظِ العتقِ يتبَيَّنُ وُقوعُه من أوّلِه وذلك يستَلْزِمُ ملكه لِلثّلاثِ من أوّلِه، وهو مُقارِنٌ لِلدُّخولِ في صورَتِنا فلْيقعْ فيهما ثمّ رأيت شيخَنا في شرحِ البهْجةِ صرّح بذلك فقال إنْ صار قبلَ وجودِ شرطِه أو معه عَتيقًا. (ويَلْحقُ الطّلاقُ رجعيّةً)؛ لأنّها في حكمِ الزوجات هنا وفي الإرثِ وصحّةِ الظّهارِ والإيلاءِ واللّعانِ، وهذه الخمسةُ عَناها الشافعيُّ رضي الله عنه بقولِه الرّجْعيّةُ زوجةٌ في خمسِ آياتٍ من كِتابِ اللّه تعالى (لا مختَلِعةً) لانقطاعِ عِصْمَتِها بالكلّيّةِ في تلك الخمسِ وغيرِها وخبرُ «المختَلِعةُ يَلْحقُها الطّلاقُ ما دامت في العِدّةِ»[2] موضوعٌ ووَقْفُه على أبي الدرْداءِ ضعيفٌ. (ولو عَلَّقَه) أي الطّلاقَ الصّادِقَ بثلاثٍ ودونِها (بدخولٍ) مثلًا (فبانَتْ) قبلَ الوطءِ أو بعدَه بفسخٍ أو خُلْعٍ (ثمّ نكحَها ثمّ دخلت لم يقعْ إنْ دخلتْ في البينونةِ)؛ لأنّ اليمين تَناوَلَتْ دخولاً واحدًا وقد وُجِدَ في حالةٍ لا يقعُ فيها فانحَلَّتْ ومن ثَمَّ لو عَلَّقَ بكلّما طَرَقَها الخلافُ الآتي لاقتضائِها التّكْرارَ.

(وكذا إنْ لم تَدْخُلْ) فيها بل بعدَ تجديدِ النّكاحِ فلا يقعُ هنا أيضًا (في الأظهرِ) لامتناعِ أنْ يُريدَ النّكاحَ الثانيَ؛ لأنّه يكونُ تعليقُ طلاقٍ قبلَ نِكاحٍ فيَتعيَّنُ أنْ يُريدَ الأوّلَ وقد ارتَفع (وفي) قولٍ (ثالِثٍ يقعُ إنْ بانَتْ بدونِ ثلاثٍ)؛ لأنّ العائِدَ في النّكاحِ الثاني ما بَقِيَ من الثلاثِ فتَعودُ بصِفَتِها، وهي التعليقُ بالفعلِ المُعَلّقِ عليه بخلافِ ما إذا بانَتْ بالثلاثِ؛ لأنّ العائِدَ طَلَقاتٌ جَديدةٌ هذا إذا عَلَّقَ بدخولٍ مُطْلَقٍ أمّا لو حَلَفَ بالطّلاقِ الثلاثِ أنّها تَدْخُلُ الدّارَ مثلًا في هذا الشّهرِ أو أنّه يقضيه أو يُعْطيه

(١) قد تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه: سعيد بن منصور في (سننه) [رقم/ ١٤٦٧]، موقوفًا على أبي الدرداء رضي الله عنه .

....

دَيْنَه في شهرِ كذا ثمّ أبانَها قبلَ انقضاءِ الشّهرِ وبعدَ تَمكُّنِها من الدُّخولِ أو تَمكُّنِه مِمّا ذُكِرَ ثمّ تَزَوَّجها ومَضى الشّهْرُ ولم توجَد الصِّفة فأفتى ابنُ الرِّفعةِ أوّلاً بالتّخلُّصِ ووافقَه صاحِباه النّورُ أبو الحسَنِ البكريُّ والنّجْمُ القموليُّ ثمّ رجع وبيَّنَ لهما أنّه خطأ، وأنّ الصّوابَ أنّه ينتَظِرُ فإنْ لم يَفْعَلْ حتى مَضى الشّهْرُ تبَيَّنَ وُقوعُ الثلاثِ قبلَ الخُلعِ وبُطْلانِه ووافَقَه الباجيُّ وعَلَّله بأنّها تَمكَّنَتْ من فعلِ المحلوفِ عليه ولم تفعَلْ وبحث معه السُّبْكيُّ مُحْتجًّا لِلتَّخلُّصِ، وهو لا يَلْوي إلا على عدمِه وهم معذورون في ذلك فإنّ كلامَ الأصحابِ فيه ما يشهَدُ لِلتَّخلُّصِ كإنْ لم تخرُجي هذه اللّيْلةَ من هذه الدّارِ فإنّه ينفَعُه الخُلْعُ فيها، وإنْ أعادَ عقدَها ليلاً وكذا في مسألةِ التُّفّاحَتين المذكورةِ في كلامِ الشيخينِ ونَظائِرِهما ولِعدمِه كما لو حَلَفَ لَتُصَلّيَنّ الظُّهرَ اليومَ فحاضَتْ في وقته بعدَ تَمكُّنِها من فعلِه ولم تفعَلْه أو لَتَشرَبِنّ ماءَ هذا الكوزِ فانصَبَّ بعدَ إمكانِ شُرْبه أو لَيأكلَنّ ذا غَدًا فتَلِفَ فيه بعدَ تَمكُّنِه من أكلِه وحاصِلُ كلامِ السُّبْكيّ الذي تجتَمِعُ به تلك المسائلُ التي ظاهرُها التّنافي بعدَ بَحْثِه مع ابنِ الرِّفعةِ فيما رجع إليه وصَوَّبَه ومع الباجيِّ أنّ الصّيغةَ إنْ كانت لا أفْعَلُ أو إنْ لم أفْعَلْ تَخَلَّصَ؛ لأنّها تعليقٌ بالعدمِ ولا يتحَقَّقُ إلا بالآخرِ وقد صادَفَها بائِنًا وليس لليَمينِ هنا إلا جِهةُ حِنْثٍ فقط؛ لأنّها تعلَّقت بسَلْبٍ كلّيٍّ هو العدمُ في جميعِ الوقت وبالوجودِ لا نَقولُ حَصَلَ البِرُّ بل لم يحنَث لِعدمِ شرطِه وكلامُ الشيخينِ أواخِرَ الطّلاقِ في إنْ لم تخرُجي اللّيْلةَ من هذه الدّارِ، وإنْ لم تأكلي هذه التُّفّاحةَ اليومَ نَفعه الخُلْعُ صريحٌ في أنّه ينفَعُه في صورَتنا؛ لأنّها عَيْنُ صورتَيْهما المذكورَتَين، وإنْ كانت لأفْعَلَنّ ومثلُها النّفْيُ المُشْعِرُ بالزّمانِ كإذا لم أفْعَلْ كذا لم يتخَلَّصْ؛ لأنّ الفعلَ مقصودٌ منه، وهو إثباتٌ جُزْئيٌّ ولليَمينِ جِهةُ برٍّ هي فعلُه وجِهةُ حِنْثٍ بالسّلْبِ الكلّيِّ الذي هو نَقيضُه والحِنْثُ يتحَقَّقُ بمُناقَضةِ اليمينِ وتفويتِ البِرِّ فإذا التزَمَ ذلك بالطّلاقِ وفَوَّتَه بخُلْعٍ من جهته حَنِثَ لِتفويته البِرَّ باختيارِه وكلامُ الشيخينِ في لَأكلَنّ ذا الطّعامَ غَدًا صريحٌ في ذلك انتهى وزَعْمُ أنّ كلامَ صاحِبِ البيانِ وغيرِه يُخالِفُ ذلك مَرْدودٌ وقد بَسَطْت ما في ذلك في شرحِ الإرشادِ الكبيرِ أوّلَ الخُلْعِ بما لا مَزيدَ على حُسنِه وتَحريرِه فراجِعْه وصَوَّبَ البُلْقينيُّ وتَبِعَه الزّركشيُّ ما رجع عنه ابنُ الرِّفعةِ من التّخلُّصِ مُطْلَقًا وفَرَّقَ بين ما هنا ولَأكلَنّ ذا الطّعامَ غَدًا فتَلِفَ فيه بعدَ تَمكُّنِه من أكلِه حَنِثَ باستحالةِ البِرِّ في هذه، وهنا لم يستَحِلَّ مع الخُلْعِ لإمكانِ فعلِه بعدَ الخُلْعِ ولأنّه لم يُفَوِّتْ مَحَلَّ البِرِّ بل مَحَلَّ الطّلاقِ فإذا مَضى الزّمَنُ المجعولُ ظَرْفًا ولم يَفْعَل المحلوفَ عليه لم يحنَث؛ لأنّه صادَفَ بَيْنونَتَها بالخُلْعِ واستَدَلَّ له بأنّه لو تَمكَّنَ من الفعلِ في حياتها ثمّ ماتتْ لا حِنْثَ بعدَ فراغِ الشّهْرِ لِعدمِ المحلوفِ عليه ولم يَقُلْ أحدٌ بالحِنْثِ قُبَيْلَ الموتِ انتهى، ويُرَدُّ بأنّه يلزمُ عليه تَشَتُّتُ النّظائرِ بخلافِ ما تقرّر وقولُه: لإمكانِ فعلِه بعدَ الخُلْعِ في غايةِ البُعْدِ؛ لأنّ فعله بعدَ الخُلْعِ مع صحّته لا يُسَمّى برًّا؛ لأنّ هذه عِصْمةٌ أخرى وقولُه: لم يُفَوِّتْ مَحَلَّ البِرِّ بل مَحَلَّ الطّلاقِ لا ينفَعُه؛ لأنّ تفويتَ مَحَلِّ الطّلاقِ يستَلْزِمُ تفويتَ مَحَلِّ البِرِّ بل هو عنه

ولو طَلَّقَ دونَ ثَلاثٍ وراجَعَ أو جَدَّدَ ولو بعد زَوْجٍ عادَتْ ببَقيّةِ الثّلاثِ وإنْ ثَلَّثَ عادَتْ بثَلاثٍ. وَللعبدِ طَلْقَتانِ فَقَطْ، وللحُرِّ ثَلاثٌ. وَيَقَعُ في مَرَضِ مَوْتِه، ويَتَوارَثانِ في عِدّةِ رَجْعيٍّ لا بائِنٍ، وفي القديمِ تَرِثُهُ.

كما هو واضِحٌ والفرقُ بين ما هنا والموت ظاهرٌ إذْ مع الموت لا يُنْسَبُ لِتفويتِ ٱلبَتّةَ؛ لأنّ النُّفوسَ جُبِلَتْ على استبعادِ وقته بخلافِ غيره ولو حَلَفَ بالثلاثِ لا يَفْعَلُ كذا ثمّ حَلَفَ بها لا يُخالِعُ ولا يوَكِّلُ فيه فخالَعَها فقيلَ يقعُ الثلاثُ وغُلِّطَ بأنّه إذا خالَعَ بانَتْ فلا يقعُ المُعَلَّقُ به وقولُ الجمهورِ إنّ الشرطَ والجزاءَ يتقارَنانِ في الزّمَنِ لا يَجْري هنا؛ لأنّ بينهما هنا تَرَتُّبًا زَمَنيًّا؛ لأنّ وُقوعَ الثلاثِ يستَدْعي تأخُّرَ الخُلْعِ ووُقوعُه يستَدْعي رَفْعَها ولو كان له زوجاتٌ فحَلَفَ بالثلاثِ ما يَفْعَلُ كذا ولم ينوِ واحدةً ثمّ قال ولو قبلَ فعلِ المحلوفِ عليه عَيَّنْت فُلانةَ لهذا الحلِفِ تعيَّنَتْ ولم يصحَّ رُجوعُه عنها إلى تعيينِه في غيرِها وليس له قبلَ الحِنْثِ ولا بعدَه توزيعُ العددِ؛ لأنّ المفهومَ من حَلِفِه إفادةُ البَيْنونةِ الكُبْرى فلم يملكْ رَفْعَها بذلك.

(ولو طَلَّقَ) حُرٌّ (دون ثلاثٍ وراجَعَ أو جَدَّدَ ولو بعدَ زوجٍ)، وإصابةٍ (عادَتْ ببَقيّةِ الثلاثِ) إجماعًا إذا لم يكن زوجٌ ووِفاقًا لِقولِ أكابِرِ الصّحابةِ إذا كان ولم يُعْرَفْ لهم مُخالِفٌ منهم واستَدَلَّ له البُلْقينيُّ بقولِه تعالى ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]؛ لأنّه لم يُفَرِّقْ بين أنْ تتزَوَّجَ آخرَ، ويدخلَ بها قبلَ الثالِثةِ، وأنْ لا فاقتضى ذلك أنْ لا فرقَ (وإنْ ثَلَّثَ) الطّلاقَ ثمّ جَدَّدَ بعدَ زوجٍ (عادَتْ بثلاثٍ) إجماعًا وغيرُ الحُرِّ في الثِّنْتَين كهو فيما ذُكِرَ في الثلاثِ. (وللعبدِ) أي مَنْ فيه رِقٌّ، وإنْ قلَّ (طَلْقَتانِ فقط)، وإنْ تَزَوَّجَ حُرّةً؛ لأنّه المالِكُ لِلطَّلاقِ فنيطَ الحكمُ به ولِخبرِ الدّارَقُطْنيِّ مَرْفوعًا «طلاقُ العبدِ ثِنْتانِ»(١) وقد يملكُ الثالِثةَ بأنْ يُطَلِّقَ ذِمّيٌّ ثِنْتَين ثمّ يُحارِبُ ثمّ يُستَرَقُّ فله رَدُّها بلا مُحَلِّلٍ اعتبارًا بكونِه حُرًّا حالَ الطّلاقِ ولو كان طَلَّقَها واحدةً فقط ثمّ نَكَحَها بعدَ الرِّقِّ عادَتْ له بواحدةٍ فقط؛ لأنّه لم يستوفِ عددَ العبيدِ قبلَ رِقِّه (وللحُرِّ ثلاثٌ)، وإنْ تَزَوَّجَ أمةً لِما مَرَّ وقد صَحَّ أنّه ﷺ سُئِلَ عن قوله تعالى ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] أين الثالثة فقال: «﴿أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة: ٢٢٩]».

(ويقعُ في مَرَضِ موته) ولو ثلاثًا إجماعًا إلا ما شَذَّ به الشَّعْبيُّ (ويتوارَثانِ) أي مَنْ طَلَّقَ مَريضًا والمُطَلَّقة (في عِدّةِ) طلاقٍ (رجعيٍّ) إجماعًا (لا بائِنٍ) لانقطاعِ الزوجيّةِ (وفي القديم) ونصَّ عليه في الجديدِ أيضًا (تَرِثُه) بشُروطٍ ليس هذا مَحَلُّ ذِكْرِها وبه قال الأئِمّةُ الثلاثةُ؛ لأنّ ابنَ عَوْفٍ طَلَّقَ امرأتَه الكَلْبيّةَ في مَرَضِ موته فوَرِثَها عُثمانُ رضي الله عنهما فصولِحَتْ من رُبْعِ الثُّمُنِ على ثمانين ألفًا قيلَ دَنانيرُ وقيلَ دَراهِمُ؛ لأنّه قد قصَدَ حِرْمانَها فعومِلَ بنَقيضِ قَصْدِه كما لا يَرِثُ القاتِلُ، وإذا قصَدَ به الفِرارَ على الجديدِ كُرِهَ نظيرُ ما مَرَّ في نحوِ بيعِ مالِ الزّكاةِ في أثناءِ الحوْلِ فِرارًا منها والقياسُ التحريمُ لِفرقِهم بين تَرَدُّدِ

---

(١) [ضعيف] أخرجه: الدارقطني في (سننه) [٤/ ٣٩]، من حديث: عائشة رضي الله عنها.

قلتُ: حديث ضعيف. ينظر: (إرواء الغليل) للألباني [رقم/ ٢٠٦٦].

فَصْلٌ

قال طَلَّقْتُك أو أنْتِ طالِقٌ ونَوَى عَدَدًا وقَعَ، وكذا الكِنايةُ ....

الشافعيُّ هنا وجَزْمِه ثَمَّ بنفعِ الحيلةِ بأنّ هذا حَقُّ آدَميٍّ مُعَيَّنٌ أي أصالةً فاحتيطَ له وبِقولي أصالةً اندفع إيرادُ ما إذا انحَصَرَ مُستَحِقُّوها وبأنّ المريضَ محجورٌ عليه فمُنِعَ من إسقاطِ بعضِ الورثةِ بخلافِ المالِكِ ثَمَّ .

فصل في تعدُّدِ الطّلاقِ

بنيّةِ العددِ فيه أو ذِكْرِه، وما يَتعلَّقُ بذلك .

(قال طَلَّقْتُك أو أنت طالِقٌ) أو نحوَ ذلك من سائرِ الصّرائِحِ (ونَوَى عددًا) ثِنْتَين أو ثلاثًا (وقَعَ) ما نَواه ولو في غيرِ موطوءةٍ؛ لأنّ اللّفْظَ لَمّا احتَمَله بدليلِ جوازِ تفسيرِه به كان كِنايةً فيه فوقع قطعًا واستُشْكِلَ بأنّه لو نَذَرَ الاعتكافَ ونَوَى أيّامًا ففي وجوبِها وجهانِ قال الزّركشيُّ وكأنّ الفرقَ أنّ الطّلاقَ تَدْخُلُه الكِنايةُ بخلافِ الاعتكافِ انتهى وليس بشافٍ بل ليس بصحيحٍ كما هو ظاهرٌ والذي يُتَّجه في الفرقِ أنّ التّعَدُّدَ في الأيّامِ خارجٌ عن حَقيقة الاعتكافِ الشرعيّةِ؛ لأنّ الشّارِعَ لم يربِطْها بعددٍ مُعَيَّنٍ بخلافِ التّعَدُّدِ في الطّلاقِ فإنّه غيرُ خارجٍ عن حَقيقَتِه الشرعيّةِ فكان المنْويُّ هنا داخِلًا في لفظه لاحتمالِه له شرعًا بخلافِه ثَمَّ فإنّه خارجٌ عن لفظِه والنّيّةُ وحدَها لا تُؤَثِّرُ في النّذْرِ .

(وكذا الكِنايةُ) إذا نَوَى بها عددًا وقَعَ للخبرِ الصّحيحِ (أنّ رُكانةَ طَلَّقَ امرأتَه ألبتّةَ ثمّ قال ما أرَدْتُ إلا واحدةً فحَلَّفَه ﷺ على ذلك وردَّها إليه) دَلَّ على أنّه لو أرادَ ما زاد عليها وقَعَ، وإلا لم يكن لاستحْلافِه فائدةٌ ونيّةُ العددِ كنيّةِ أصلِ الطّلاقِ فيما مَرَّ من اقترانِها بكلِّ اللّفْظِ أو بعضِه .

(فرع): قال أنت طالِقٌ ثلاثًا على سائِرِ المذاهِبِ ففيه خلافٌ مَرَّ والذي يُتَّجه أنّه إنْ نَوَى بذلك شِدّةَ العِنايةِ بالتنجيزِ وقَطْعَ العلائِقِ وحَسمَ تأويلات المذاهِبِ في رَدِّ الثلاثِ عنها وقَعَ الثلاثُ، وإنْ نَوَى التعليقَ بأنْ قصَدَ إيقاعَ طلاقٍ اتَّفقت المذاهِبُ على وُقوعِه لم تَطْلُقْ إلا إن اتَّفقت المذاهِبُ المعتدُّ بها على أنّها مِمَّنْ يقعُ عليها الثلاثُ حالةَ التّلَفُّظِ بها، وإنْ أطلقَ فلِلنّظَرِ فيه مَجالٌ، والمُتَبادَرُ الأغلَبُ من قائِلي ذلك قصْدُ المعنى الأوّلِ فلْيُحْمَل الإطلاقُ عليه ثمّ رأيت شيخَنا جَزَمَ بذلك ولو قال أنتُما طالِقانِ ثلاثًا، وأطلقَ وقَعَ على كلٍّ طَلْقَتانِ أو بنيّةِ أنّ كلًّا طالِقٌ ثلاثًا أو أنّ كلَّ طَلْقة توَزَّعُ عليهما طَلُقت كلٌّ ثلاثًا كذا قال بعضُهم وخالفه غيرُه فقال في أنت وضَرَّتُك طالِقٌ ثلاثًا ولم تعلم نيّتَه يقعُ الثلاثُ على كلٍّ منهما؛ لأنّ المفهومَ منه ما يُفيدُ الطّلاقَ الموجِبَ للبَيْنونةِ الكُبْرى انتهى وفي الجزم بكونِ هذا هو المفهومَ من هذه دون الأولى نَظَرٌ ظاهرٌ بل الوجه أنّه مُحْتَمَلٌ له ولِمُقابِلِه بناءً على أنّ الإجمالَ بعدَ التّفصيلِ هل يُنَزَّلُ على الكلِّ التّفصيليِّ أو الإجماليِّ. والوجه هنا الثاني إلا إنْ قامت القرينةُ الظّاهرةُ على الأوّلِ، وهنا أصلُ بَقاءِ العِصْمةِ يُؤَيِّدُ الثانيَ فهو كما يأتي في أنت طالِقٌ كألفٍ فتعيَّنَ وُقوعُ طَلْقَتَين فقط عندَ الإطلاقِ في الصّورتَين وسيأتي لِذلك مَزيدٌ آخِرَ الفصلِ وقولُ

ولو قال: أنْتِ طالِقٌ واحْدةً ونَوَى عَدَدًا فَواحِدةٌ، وقيلَ المنْويُّ. قُلْت: ولو قال أنْتِ واحِدةٌ ونَوَى عَدَدًا فالمنْويُّ، وقيلَ واحِدةٌ، واللّه أعْلمُ.

الشيخينِ عن البوشَنْجيِّ في أنت طالِقٌ ثلاثًا إلا نصفًا، وأطلقَ يقعُ طَلْقَتانِ أي إلا نصفَهُنّ يُؤَيِّدُ الثانيَ إلا أنْ يُفَرِّقَ على بُعْدٍ بأنّ الاستثناءَ هنا أفْهَمَ أنّه لم يُرِد البيْنونةَ الكُبْرى بخلافِه في مسألَتنا.

(ولو قال أنت طالِقٌ واحدةً) بالنّصْبِ كما بخَطِّه وكذا لو حَذَفَ طالِقٌ كما بحثه الزّركشيُّ وغيرُه وكلامُ الشيخينِ يَدُلُّ عليه (ونَوَى عددًا فواحدةٌ) هي التي تَقَعُ دون المنْويِّ؛ لأنّ اللّفظَ لا يحتَمِلُه (وقيلَ) يقعُ (المنْويُّ) كلُّه مع النّصْبِ فالجرُّ والرّفْعُ والسُّكونُ أولى ومعنى واحدةٍ مُتَوَحِّدةٌ بالعددِ المنْويِّ، وهو المعتمدُ في أصلِ الروضةِ نعم، إنْ أرادَ طَلْقة مُلَفَّقة من أجزاءِ ثلاثِ طَلْقاتٍ أو أرادَ بواحدةٍ التّوَحُّدَ وقَعْنَ عليهما (قُلْت ولو قال) أنت طالِقٌ واحدةً أو (أنت واحدةٌ) بالرّفْعِ أو الجرِّ أو السُّكونِ (ونَوَى) بعدَ نيّةِ الإيقاعِ في أنت واحدةٌ لِما مَرَّ أنّها من الكِنايات (عددًا فالمنْويُّ) يقعُ حملًا لِلتَّوْحيدِ على التّوَحُّدِ والتّفَرُّدِ عن الزوجِ بالعددِ المنْويِّ (وقيلَ) تَقَعُ (واحدةٌ واللّه أعلمُ)؛ لأنّ لفظَ الواحدةِ لا يحتَمِلُ العددَ ولو قال ثِنْتَين ونَوَى ثلاثًا ففي التوشيحِ يظهرُ مَجيءُ الخلافِ فيه هل يقعُ ما نَواه أو ثِنْتانِ انتهى وهو بَعيدٌ؛ لأنّ الواحدةَ قد مَرَّ إمكانُ تأويلِها بالتوحيدِ، وهنا لا يظهرُ تأويلُ الثِّنْتَين بما يَصْدُقُ بالثلاثِ ولو قال يا مِائةُ أو أنت مِائةُ طالِقٍ وقَعَ الثلاثُ لِتَضَمُّنِ ذلك إنْصافَها بإيقاعِ الثلاثِ بخلافِ أنت كمِائةِ طالِقٍ لا يقعُ إلا واحدةٌ حملًا لِلتَّشْبيه على أصلِ الطّلاقِ دون العددِ؛ لأنّه المُتَيَقَّنُ وبِخلافِ أنت طالِقٌ واحدةً ألفَ مَرّةٍ؛ لأنّ ذِكْرَ الواحدةِ ينفي ما بعدَها.

وإنّما لم يُحْمَلْ هنا على أنّ المُرادَ بها التّوَحُّدُ حتى لا يُنافيَها ما بعدَها؛ لأنّ هذا خلافُ المُتَبادَرِ من لفظها وإنّما حَمَلْناها عليه فيما مَرَّ لاقترانِ نيّةِ الثلاثةِ به المخرِجةِ له عن مَدْلولِه فتأمّلْه ولو قال طَلَّقْتُك ثلاثين أو طلاقُ فُلانةَ ثلاثين ولم ينوِ الثلاثَ وقَعَتْ واحدةٌ على ما قاله بعضُهم في الثانيةِ وقياسُها الأولى؛ لأنّها اليقينُ لاحتمالِ ثلاثين جُزْءًا من طَلْقة وفيه نَظَرٌ ظاهرٌ بل الأوجَه خلافُه إذِ المُتَبادَرُ الظّاهرُ ثلاثين طَلْقة ولا يُعَضِّدُه قولُ أصلِ الروضةِ في أنت طالِقٌ كألفٍ إنْ نَوَى عددًا فثلاثٌ، وإلا فواحدةٌ؛ لأنّ التّشْبيهَ فيه مُحْتَمِلٌ للأمرَين على السّواءِ فليس واحدٌ منهما مُتَبادَرًا منه ولو قال عددَ ألوانِ الطّلاقِ فواحدةٌ أو صِفاته فكذلك إلا إنْ علم أنّ له صِفاتٍ من بدْعةٍ وسُنّةٍ، ولا وتوحيدٍ وتَثليثٍ وغيرِها أو عددَ التُّرابِ فواحدةٌ عندَ جمعٍ بناءً على أنّه اسمُ جنسٍ إفراديٌّ أو عددَ الرّمَلِ فثلاثٌ؛ لأنّه اسمُ جنسٍ جمعيٌّ قال ابنُ العِمادِ وكذا التُّرابُ؛ لأنّه سُمِعَ تُرابةٌ ولِذا قال آخرون بوُقوعِ الثلاثِ فيه وقد يُجابُ بأنّ هذا لم يشتَهِرْ فيه وبه يتأيّدُ ما قاله الأوّلون، ويُؤَيِّدُه أيضًا عدمُ الوُقوعِ عندَ جمعٍ في أنت طالِ بالتّرخيم، وإنْ نَواه؛ لأنّه لا يقعُ في غيرِ النّداءِ إلا ضَرورةً نادِرةً فعلِمْنا أنّ لِلنُّدْرةِ دَخلًا في عدمِ الوُقوعِ فأولى في عدمِ العددِ ولو قال أنت طالِقٌ على عددِ ريشِ الجرادِ لم تَطْلُقْ على ما زعمَه بعضُهم مُحْتَجًّا بأنّ التقديرَ طلاقًا مُتعدِّدًا على عددِ كذا وذلك لا وجودَ

ولو أرادَ أنْ يَقولَ أنْتِ طالِقٌ ثَلاثًا فَماتَتْ قبلَ تَمامِ طالِقٌ لم يَقَعْ أو بعده قبلَ ثَلاثًا فَثَلاثٌ، وقيلَ واحِدةٌ، وقيلَ لا شَيْءَ ....

له فلا يقعُ وليس في مَحلِّه ومِمّا يُبْطِلُه ما تقرّر في أنت طالِقٌ بعددِ التُّرابِ فإنّه يقعُ، وإنّما الخلافُ في الواقعِ ولو سُلِّمَ له أنّ التقديرَ ما ذكرَه وقَعَ الثلاثُ أيضًا، وغايةُ ما وُجِّهَ به إنّما يُنْتِجُ أنّه طَلَّقَ أكثرَ من ثلاثٍ فتُؤْخَذُ الثلاثُ، ويَلْغو الباقي ومن ثَمَّ خالفه غيرُ واحدٍ، وأطالوا في الرّدِّ عليه بغيرِ ما ذكرْته وتعليلُ عدمِ الوُقوعِ بأنّه لا يُعْلَمُ هل له ريشٌ أو لا يَرُدُّه قولُ الروضةِ في أنت طالِقٌ بعددِ كلِّ شَعْرةٍ على جَسَدِ إبليسَ القياسُ المختارُ وُقوعُ طَلْقةٍ وليس هذا تعليقًا على صِفةٍ فيُقالُ شَكَكْنا فيها بل هو تنجيزُ طلاقٍ ورَبْطٌ للعددِ بشيءٍ شَكَكْنا فيه فنوقِعُ أصلَ الطّلاقِ ونُلْغي العددَ فإنّ الواحدةَ ليستْ بعددٍ وصَوَّبَه الزّركشيُّ ونَقَله عن غيرِ واحدٍ ولو قال بعددِ ضُراطِه وقَعَ ثلاثٌ؛ لأنّ له ذلك بالحديثِ وفي الكافي لو قال بعددِ سمَكِ هذا الحوْضِ، ولم يُعْلم فيه سمَكٌ وقَعَتْ واحدةٌ كما في أنت طالِقٌ وزْنَ دِرْهَمٍ أي أو ألفِ دِرْهَمٍ ولم ينوِ عددًا ولو قال بعددِ شَعْرِ فُلانٍ وكان مات من مُدّةٍ وشَكَّ أكان له شَعْرٌ في حياته أم لا وقَعَ ثلاثٌ على الأوجَه لاستحالةِ خُلوِّ الإنسانِ عادةً عن ثلاثِ شَعَراتٍ ولو خاصَمته زوجَتُه فأخذَ بيَدِه عَصا فقال هي طالِقٌ ثلاثًا مُريدًا العصا وقَعْنَ وفي قبولِه باطِنًا وجهانِ أصحُّهما لا ذكرَه القموليُّ وغيرُه ولا يُنافيه ما رجحه في الروضةِ فيمَنْ له امرَأتانِ فقال مُشيرًا إلى إحداهما امرَأتي طالِقٌ وقال أرَدْت الأخرى من طلاقِ الأخرى وحدَها؛ لأنّه لم يُخْرِج الطّلاقَ هنا عن موضوعِه بخلافِه ثَمّ.

(ولو أرادَ أنْ يقولَ أنت طالِقٌ ثلاثًا فماتتْ) أو ارتَدَّتْ أو أسلَمت قبلَ الوطءِ أو أمسَكَ شَخْصٌ فاه (قبلَ تمامِ طالِقٌ) أو معه (لم يقعْ) لِخُروجِها عن مَحلِّ الطّلاقِ قبلَ تمامِه وظاهرٌ أنّ إمساكه اختيارًا قبلَ النُّطْقِ بقافِ طالِقٍ كذلك (أو) مات مثلًا (بعدَه قبلَ) قولِه (ثلاثًا) أو معه كما فُهِمَ بالأولى (فثلاثٌ) يقعْنَ عليه لِقَصْدِه لهنّ حين تَلَفُّظه بأنت طالِقٌ وقَصْدُهُنّ حينئذٍ موقِعٌ لهنّ، وإنْ لم يتلَفَّظْ بهنّ كما مَرَّ وبه يُعْلَمُ أنّ الصّورةَ أنّه نَوَى الثلاثَ عندَ تَلَفُّظه بأنت طالِقٌ، وإنّما قصدَ تَحقيقَ ذلك بالتّلَفُّظِ بالثلاثِ فإنْ لم ينوِهِنّ عندَ أنت طالِقٌ، وإنّما قصدَ أنّه إذا تَمَّ نواهُنّ عندَ التّلَفُّظِ بلفظِهِنّ وقَعَتْ واحدةٌ فقط ولو قصَدَهُنّ بمجموعِ أنت طالِقٌ ثلاثًا قال الأذرَعيُّ كالحُسبانيِّ فهذا مَحلُّ الأوجُه والأقوى وُقوعُ واحدةٍ؛ لأنّ الثلاثَ والحالةُ هذه إنّما تَقَعُ بمجموعِ اللّفظِ ولم يَتِمَّ (وقيلَ) يقعُ (واحدة) لِوُقوعِ ثلاثًا بعدَ موتِها (وقيلَ لا شيءَ) إذِ الكلامُ الواحدُ لا يتبَعَّضُ وخرج بقولِه أرادَ إلى آخِرِه ما لو قاله عازِمًا على الاقتصارِ عليه ثمّ قال ثلاثًا بعدَ موتِها فواحدةٌ.

(تنبية) قيلَ ثلاثًا تمييزٌ وردَّه الإمامُ بأنّه جَهْلٌ بالعربيّةِ، وإنّما هو صِفةٌ لِمَصْدَرٍ محذوفٍ أي طلاقًا ثلاثًا كضَرَبْتُ زَيْدًا شَديدًا أي ضَرْبًا شَديدًا وفي الرّدِّ بذلك مُبالَغةٌ بل هو صحيحٌ عربيّةً إذْ فيه تفسيرٌ للإبهامِ في الجُمْلةِ قبله ثمّ رأيتهم صرحوا به كما يأتي في شرحِ فلو قالهُنّ لِغيرِها نعم، الحقُّ أن

وإنْ قال: أنْتِ طالِقٌ أنْتِ طالِقٌ أنْتِ طالِقٌ وتَخَلَّلَ فَصلٌ فَثلاثٌ، وإلّا فإنْ قَصَدَ تأكيدًا فَواحِدةٌ أو استِئنافًا فَثلاثٌ، وكذا إنْ أطْلَقَ في الأظْهَرِ، ....

الثانيَ أظهرُ والفرقَ بين هذا، وأمثالِه واضِحٌ مِمّا تقرّر.

(وإنْ قال أنت طالِقٌ أنت طالِقٌ أنت طالِقٌ) أو أنت طالِقٌ طالِقٌ طالِقٌ (وتَخَلَّلَ فصلٌ) بينها بسُكوتٍ بأنْ يكون فوقَ سكْتةِ التَنَفُّسِ والعيِّ أو كلامٍ منه أو منها مثلًا، وإنْ قلَّ، وهل يُفَرَّقُ هنا بين الأجنَبيِّ وغيرِه كالبيعِ أو لا؛ لأنّ ما هنا أضيَقُ بدليلِ ما تقرّر في السُّكوت فإنّه لا يُعْتَبَرُ ثَمّ بما يُعْتَبَرُ به هنا بل بالعُرْفِ الأزْيَدِ من ذلك كلٌّ مُحتَمَلٌ، والفرقُ أوجَه؛ لأنّ ما هنا فيه رَفْعٌ لِلصَّريحِ فاحتيطَ له أكثرَ ثمّ رأيت ما يأتي في اتِّصالِ الاستثناءِ وفيه التَّفْصيلُ بين الأجنَبيِّ وغيرِه مع قولِهم إنّ ما هنا أبلَغُ منه في البيعِ ثمّ قولُهم أو منها مُشْكِلٌ فإنّها قد تَتكلَّمُ بكلِمةٍ زَمَنَ سُكوته بقدرِ سكْتةِ التَنَفُّسِ والعيِّ والذي يُتَّجَه حينئذٍ أنّ هذا لا يَضُرُّ، وأنّ المدارَ إنّما هو على سُكوته أو كلامِه لا غيرُ (فثلاثٌ) يقعْنَ وإنْ قصَدَ التّأكيدَ لِبُعْدِه مع الفصلِ؛ ولأنّه معه خلافُ الظّاهرِ ومن ثَمّ لو قصَدَه دين، نعم، يُقْبَلُ منه قصْدُ التّأكيدِ والإخبارِ في مُعَلَّقٍ بشيءٍ واحدٍ كرَّرَه، وإنْ طالَ الفصلُ بل لو أطلَقَ هنا لا حِنْثَ أيضًا بخلافِ ما إذا قصَدَ الاستئنافَ (وإلا) يتخَلَّلْ فصلٌ كذلك (فإنْ قصَدَ تأكيدًا) للأولى أي قبلَ فراغِها أخذًا مِمّا يأتي في الاستثناءِ ونحوِه بالأخيرَتَين (فواحدةٌ)؛ لأنّ التّأكيدَ معهودٌ لُغةً وشرعًا فإنْ قُلْت الجُمْلةُ الثانيةُ إنْ كانت خبريّةً لَزِمَ انتفاءُ التّأكيدِ؛ لأنّ شرطَه اتّحادُ جنسِهما والخبريّةُ ضِدُّ الإنشائيّةِ أو إنْشائيّةً وقَعَ ثِنْتانِ قُلْت يختارُ الأوّلَ، ويُمْنَعُ لُزومُ ما ذكرَ؛ لأنّ المُرادَ باتّحادِ الجنسِ هنا اتّحادُه لفظًا إذِ الكلامُ في التّأكيدِ اللّفْظيِّ والجُمْلَتانِ هنا خبريّتانِ لفظًا فاتَّحَدَ الجنسُ وصَحَّ قصْدُ التّأكيدِ، وأنْ يختارَ الثانيَ، ويمنعَ وُقوعَ طَلْقَتَين؛ لأنّ نيّةَ التأكيدِ بالثانيةِ صَيَّرَتْ معناها هو عَيْنَ معنى الأولى فلا دَلالةَ لها على إيجادِ غيرِ الأولى أصلًا، وإلا لَزِمَ أنْ لا تأكيدَ.

فإنْ قُلْت يلزمُ من التّأكيدِ بالمعنى المذكورِ تَحْصيلُ الحاصِلِ قُلْت ممنوعٌ؛ لأنّ مَلْحَظَ التّأكيدِ اللّفظيِّ التقويةُ وبالضّرورةِ أنّ المعنى إذْ قُصِدَ ثانيًا بذلك اللّفظِ ازْدادَ قوّةً واعتناءً به من اللّافِظِ فإفادةُ الثانيةِ هذا يمنعُ زَعْمَ أنّ فيه تَحْصيلَ الحاصِلِ ثمّ رأيت التّاجَ السُّبْكيَّ أجابَ باختيارِ أنّها إنْشائيّةٌ ولا يلزمُ ما ذكرَ بأنّها إنْشاءٌ لِلتّأكيدِ فشارَكت الأولى في أصلِ الإنشاءِ، وافْتَرَقَتا فيما أنْشَأتاه انتهى وما ذكرْته أجوَدُ، وأوضَحُ ومن ثَمّ لم يتأتَّ فيه النّظَرُ الذي قيلَ في كلامِ التّاجِ كما يُعْرَفُ بتأمُّلِ ذلك كلِّه (أو استئنافًا فثلاثٌ) لِظُهورِ اللّفظِ فيه مع تأكُّدِه بالنّيّةِ (وكذا إنْ أطلَقَ في الأظهرِ) عَمَلًا بظاهرِ اللّفظِ، وعَجَبٌ قولُ الزّركشيّ هذا مُشْكِلٌ بقولِهم لا بُدَّ من قصْدِ لفظِ الطّلاقِ لِمعناه وبِما مَرَّ في سبقِ اللِّسانِ، وفي «يا طالِقُ لِمَن اسمُها طالِقٌ». انتهى. وهو غَفْلةٌ عَمّا مَرَّ أنّه لا يُشْتَرَطُ ذلك القصْدُ إلا عندَ القرينةِ الصّارِفة كما في الأخيرةِ، وهنا لا صارِفَ لِلَّفظِ عن مَدْلوله فأثَّرَ، ويأتي هذا التّفْصيلُ كما أشرت إليه فيما مَرَّ في تَكْريرِ الكِنايةِ كبائِنٍ وفي اختلافِ اللّفْظِ كأنت طالِقٌ مُفارَقةٌ مُسَرَّحةٌ وكأنت

وإنْ قَصَدَ بالثّانيةِ تأكيدًا وبالثّالِثةِ استِئنافًا أو عَكَسَ فَثِنْتانِ أو بالثّالِثةِ تأكيدَ الأولَى فَثَلاثٌ في الأصَحِّ.
وإنْ قال: أنْتِ طالِقٌ وطالِقٌ وطالِقٌ صَحَّ قَصْدُ تأكيدِ الثّاني بالثّالِثِ، ....

طالِقٌ بائِنٌ اعتَدّي وفي التّكْريرِ فوقَ ثلاثِ مَرّاتٍ خلافًا لابنِ عبدِ السّلامِ ومَنْ تَبِعَه ووِفاقًا للإسنَويِّ قال كما أطلقَه الأصحابُ وكلامُ ابنِ عبدِ السّلامِ ليس صريحًا في امتناعِه أي؛ لأنّه لم يُصَرِّحْ به إنّما قال إنّ العرَبَ لا تُؤَكِّدُ فوقَ ثلاثٍ قال الإسنَويُّ وبِتَسليمِه فالخُروجُ عن المُمْتَنِعِ النّحْويِّ لا أثَرَ له كما أوضَحوه في الإقرارِ وغيرِه وقد صرّح الغزاليُّ في فتاويه بحاصِلِ ما ذكرْته انتهى وللبُلْقينيِّ قال ولا ينبغي أنْ يُتَخَيَّلَ أنّ الرّابِعةَ تَقَعُ بها طَلْقة لِفَراغِ العددِ؛ لأنّه إذا صَحَّ التّأكيدُ بما يقعُ لولا قصْدُ التّأكيدِ فلأنْ يُؤَكَّدَ بما لا يقعُ عندَ عدم قصْدِ التّأكيدِ أولى **(وإنْ قصدَ بالثانيةِ تأكيدَ الأولى وبالثالِثةِ استئنافًا أو عَكسَ)** أي قصدَ بالثانيةِ استئنافًا وبالثالِثةِ تأكيدَ الثانيةِ **(فثِنتانِ)** عَمَلاً بقَصْدِه **(أو)** قصَدَ **(بالثالِثةِ تأكيدَ الأولى)** أو بالثانيةِ استئنافًا، وأطلقَ الثالِثةَ أو بالثالِثةِ استئنافًا، وأطلقَ الثانيةَ **(فثلاثٌ)** يقعْنَ **(في الأصحِّ)** لِتَخلُّلِ الفاصِلِ بين المُؤكِّدِ والمُؤَكَّدِ وعَمَلاً بقَصْدِه وبِظاهرِ اللّفْظِ.

(تنبيهٌ) قد يُشْكِلُ وُقوعُ الثلاثِ في أنت طالِقٌ طالِقٌ طالِقٌ بما مَرَّ أنّه لو قال طالِقٌ ونَوى أنت أو أنت ونَوى طالِقٌ لا يقعُ به شيءٌ، والوُقوعُ بالثانيةِ والثالِثةِ هنا يستَلْزِمُ تقديرَ أنت، ويُرَدُّ بمَنْعِ الاحتياجِ لهذا التقديرِ؛ لأنّ هذا من بابِ تعدُّدِ الخبرِ لِشيءٍ واحدٍ لِقَرينةِ عدمِ قصْدِ التّأكيدِ فإنْ قُلْت قال الرّضيُّ ما تعدَّدَ لفظًا لا معنًى ليس من تعدُّدِ الخبرِ في الحقيقة نحوَ زَيْدٌ جائِعٌ؛ لأنّهما بمعنًى واحدٍ والثاني في الحقيقة تأكيدٌ للأوّلِ انتهى وعليه فليس هنا تعدُّدُ خبرٍ قُلْت ممنوعٌ والفرقُ بين ما هنا وما قاله الرّضيُّ واضِحٌ؛ لأنّه مُصَرِّحٌ بأنّ المعنى لم يَتعدَّدْ فيما ذكرَه وما هنا مُتعدِّدُ المعنى إذْ كلٌّ من الطّلْقات الثلاثِ له معنًى مُغايِرٌ لِما قبله شرعًا؛ لأنّ الشّارِعَ حَصَرَ المُزيلَ للعِصْمةِ فيهِنّ فكلٌّ منهنّ له دَخْلٌ في إزالَتِها فكان في الثانيةِ من الإزالةِ ما ليس في الأولى وفي الثالِثةِ ما ليس في الثانيةِ وحينئذٍ فهو حيثُ لم ينوِ تأكيدًا آتٍ بأخبارٍ ثلاثةٍ مُتغايِرةٍ عن مُبْتَدَإٍ واحدٍ بخلافِ ما في مِثالِ الرّضيِّ فتأمّلْه.

(تنبيهٌ آخرُ) صريحُ كلامِهم في نحوِ أنت طالِقٌ طالِقٌ وأطلقَ وُقوعُ الثلاثِ، وإنْ فصَلَ بأزْيَدَ من سكْتةِ التّنَفُّسِ والعيِّ وحينئذٍ فهل لهذا الأزْيَدِ ضابِطٌ أو لا لم أرَ فيه شيئًا وظاهرُ كلامِهم الثاني، وهو مُشْكِلٌ إذْ يلزمُ عليه أنّ مَنْ قال أنت طالِقٌ ثمّ بعدَ سنةٍ مثلاً قال طالِقٌ أنّه يقعُ بالثاني طَلْقة والذي يُتَّجه ضَبْطُ ذلك الأزْيَدِ بأنْ يكون بحيثُ يُنْسَبُ الثاني إلى الأوّلِ عُرْفًا، وإلا لم يقعْ بالثاني شيءٌ؛ لأنّ أنت الذي هو خبرٌ له كما تقرّر انقَطَعَتْ نِسبَتُه عنه فلم يُمْكِنْ حملُه عليه والعجَبُ من النُّحاةِ في تعدُّدِ الخبرِ لِشيءٍ واحدٍ أنّهم لم يَضْبِطوا ذلك بزَمَنٍ أيضًا فلَزِمَهم ما لَزِمَ الفُقَهاءَ مِمّا ذكرَ فتأمّلْه.

(وإنْ قال أنت طالِقٌ وطالِقٌ وطالِقٌ صَحَّ قصدُ تأكيدِ الثاني بالثالِثِ) لِتَساويهِما في الصِّفة، وهل مِثلُه قصْدُ مُطْلَقِ التّأكيدِ حملاً لِكلامِه على الصّورةِ الصّحيحةِ أو لا؛ لأنّه صريحٌ فلا يُصْرَفُ بمُحْتَمَلٍ كلٌّ

لا الأوَّلِ بالثّاني، وهذه الصّوَرُ في مَوْطوءةٍ، فلو قالهُنّ لِغيرِها فَطَلْقةٌ بكُلِّ حالٍ، ولو قال لِهَذِه إنْ دَخَلْت الدّارَ فأنْتِ طالِقٌ وطالِقٌ فَدَخَلَتْ فَثِنْتانِ في الأصَحِّ. ولو قال لِمَوْطوءةٍ أنْتِ طالِقٌ طَلْقةً مع أو معها طَلْقةٌ فَثِنْتانِ، وكذا غيرُ مَوْطوءةٍ في الأصَحِّ. ولو قال طَلْقةً قبلَ طَلْقةٍ أو بعدها طَلْقةٌ فَثِنْتانِ في مَوْطوءةٍ، وطَلْقةٌ في غيرِها، ولو قال طَلْقةً بعد طَلْقةٍ أو قبلَها طَلْقةٌ فَكَذا في الأصَحِّ.

ولو قال طَلْقةً في طَلْقةٍ وأرادَ مع فَطَلْقَتانِ أو الظّرْفَ أو الحِسابَ أو أطْلَقَ فَطَلْقةٌ، ......

مُحْتَمِلٍ (لا الأوّلِ بالثاني) ولا بالثالِثِ فلا يصحُّ ظاهرًا لاختصاصِه بواوِ العطْفِ المقتضيةِ للمُغايَرةِ، أمّا باطِنًا فيُدَيَّنُ فإنْ لم يقصِدْ شيئًا فثلاثٌ نظيرُ ما مَرَّ وخرج بالعطْفِ بالواوِ والعطْفُ بغيرِها وحدَه أو معها كثُمَّ والفاءِ فلا يُفيدُه قصْدُ التّأكيدِ مُطْلَقًا ولو حَلَفَ لا يدخلُها وكرَّرَه مُتواليًا أو لا فإنْ قصَدَ تأكيدَ الأولى أو أطلقَ فطَلْقة أو الاستئناف فثلاثٌ كما مَرَّ وكذا في اليمينِ إنْ تعلَّقت بحَقِّ آدَميٍّ كالظِّهارِ واليمينِ الغموسِ لا باللّه فلا تَتَكرَّرُ مُطْلَقًا لِبناءِ حَقِّه سُبْحانَه وتعالى على المُسامَحةِ، (وهذه الصّوَرُ في موطوءةٍ) ومثلُها هنا وفيما يأتي مَنْ في حكمِها، وهي التي دخل فيها ماؤُه المُحْتَرَمُ (فلو قالهُنّ لِغيرِها فطَلْقة بكلِّ حالٍ) تَقَعُ فقط لِبَيْنونَتِها بالأولى وفارَقَ أنت طالِقٌ ثلاثًا بأنّه تفسيرٌ لِما أرادَه بأنت طالِقٌ فليس مُغايِرًا له بخلافِ العطْفِ والتّكْرارِ.

(ولو قال لهذه) أي غيرِ الموطوءةِ (إنْ دَخَلْت) الدّارَ مثلاً (فأنت طالِقٌ وطالِقٌ) أو أنت طالِقٌ وطالِقٌ إنْ دَخَلْت (فدخلتْ فثِنْتانِ) يقعانِ (في الأصحِّ) لِوُقوعِهِما مَعًا مقترِنَتَين بالدُّخولِ ومن ثَمَّ لو عَطَفَ بثُمَّ أو الفاءِ أو قُلْنا بالضّعيفِ أنّ الواوَ لِلتّرْتيبِ لم يقعْ إلا واحدةٌ ولو قال لها أنت طالِقٌ أحدَ عَشَرَ فثلاثٌ؛ لأنّهما مُزِجا وصارا ككلِمةٍ واحدةٍ أو أحدًا وعِشْرين فواحدةٌ للعَطْفِ (ولو قال لِموطوءةٍ أنت طالِقٌ طَلْقة مع) طَلْقة (أو) طَلْقة (معها طَلْقة) وكمع فوقَ وتحتَ كما رجحه شُرّاحُ الحاوِي وغيرُهم (فثِنْتانِ) يقعانِ مَعًا وفارَقَ أنت طالِقٌ مع حفصةَ لا تَطْلُقُ حفصةُ لاحتمالِ المعيّةِ هنا لِغيرِ الطّلاقِ احتمالاً قريبًا (وكذا غيرُ موطوءةٍ في الأصحِّ) لِما تقرّر أنّهما يقعانِ مَعًا كأنت طالِقٌ طَلْقَتَين. (ولو قال) أنت طالِقٌ (طَلْقة قبلَ طَلْقة أو) طَلْقة (بعدَها طَلْقة فثِنْتانِ) يقعانِ مُرَتَّبًا (في موطوءةٍ) المُنَجَّزةُ أوّلاً ثُمّ المُضَمَّنةُ، ويُدَيَّنُ وإنْ قال أرَدْت أنّي سأُطَلِّقُها (وطَلْقة في غيرِها) لِبَيْنونَتِها بالأولى (فلو قال طَلْقة بعدَ طَلْقة أو قبلَها طَلْقة فكذا) يقعُ ثِنْتانِ في موطوءةٍ مُرَتَّبًا المُضَمَّنةُ أوّلاً ثُمّ المُنَجَّزةُ وقيلَ عكسُه ويلَغو قولِه قبلَها كأنت طالِقٌ أمسِ يَلْغو أمسِ، ويقعُ حالاً وواحدةٌ في غيرِها (في الأصحِّ) لِما مَرَّ نعم، يُصَدَّقُ بيَمينِه في قولِه أرَدْت قبلَها طَلْقة مملوكةٍ أو ثابتةً أو أوقَعَها زوجٌ غيري وعُرِفَ على ما يأتي في طالِقٍ أمسِ فلا يقعُ إلا واحدةٌ في موطوءةٍ. (ولو قال) أنت طالِقٌ (طَلْقة في طَلْقة، وأرادَ مع) طَلْقة (فطَلْقَتانِ) ولو في غيرِ موطوءةٍ لِصلاحيّةِ اللّفْظِ له قال تعالى ﴿ادْخُلُوا فِي أُمَمٍ﴾ [الأعراف: ٣٨] أي معهم (أو الظّرْفَ أو الحِسابَ أو أطلقَ فطَلْقة)؛ لأنّه مقتضى الأوّلينِ والأقَلّ في الثالِثِ.

ولو قال نِصْفَ طَلْقةٍ في نِصْفِ طَلْقةٍ فَطَلْقةٌ بكُلِّ حالٍ، ولو قال طَلْقةً في طَلْقَتَيْنِ وقَصَدَ مَعيّةً فَثَلاثٌ أو ظَرْفًا فواحِدةٌ، أو حِسابًا وعَرَفَه فَثِنْتانِ، وإنْ جَهِلَه وقَصَدَ مَعْناه فَطَلْقةٌ، وقيلَ ثِنْتانِ، وإنْ لم يَنْوِ شَيْئًا فَطَلْقةٌ، وفي قولٍ ثِنْتانِ إنْ عَرَفَ حِسابًا.
ولو قال بعضَ طَلْقةٍ فَطَلْقةٌ، أو نِصْفَيْ طَلْقةٍ فطَلْقةٌ ....

(ولو قال نصفَ طَلْقة في طَلْقة فطَلْقة بكلِّ حالٍ) من هذه الأحوالِ الثلاثةِ لِوُضوحِ أنّه إذا قصَدَ المعيّةَ يقعُ ثِنْتانِ وفي حاشيةِ نُسختِه بغيرِ خَطِّه نصفُ طَلْقة في نصفِ طَلْقة تَوَهُّمًا من كاتبيها اعتراضَ ما بخطِّه دون ما كتَبَه الموافِقُ للمُحَرَّرِ والشرحِ وليس كما توُهِّمَ إذْ مَحَلُّ هذه أيضًا ما لم يقصِدِ المعيّةَ، وإلا وقَعَ بها ثِنْتانِ كما قاله الزّركشيُّ تَبَعًا لِشيخيه الإسنَويِّ والبُلْقينيِّ؛ لأنّ التقديرَ نصفُ طَلْقة مع نصفِ طَلْقة فهو كنصفِ طَلْقة ونصفِ طَلْقة لكن رَدَّه شيخُنا في شرحِ مَنْهَجِه بأنّا لا نُسَلِّمُ أنّه لو قال هذا المُقَدَّرَ يقعُ ثِنْتانِ، وإنّما وقَعَ في نصفِ طَلْقة ونصفِ طَلْقة لِتَكرُّرِ طَلْقة مع العطْفِ المقتضي لِلتَّغايُرِ بخلافِ مع فإنّها إنّما تقتَضي المُصاحَبةَ، وهي صادِقة بمُصاحَبةِ نصفِ طَلْقة لِنصفِها. انتهى. وقد يُجابُ بأنّ هذا إنّما يُتَّجه عندَ الإطلاقِ أمّا عندَ قصْدِ المعيّةِ التي تُفيدُ ما لا تُفيدُه الظّرْفيّةُ، وإلا لم يكن لِقَصْدِها فائِدةٌ فالظّاهِرُ المُتَبادَرُ منه أنّ كلَّ جُزْءٍ من طَلْقة؛ لأنّ تَكْريرَ الطّلْقة المُضافِ إليها كلٌّ منهما ظاهِرٌ في تَغايُرِهما وقد مَرَّ في شرحِ قولِه في الإقرارِ ولو قال دِرْهَمٌ في عَشَرةٍ ما يوَضِّحُ هذا، ويُبَيِّنُ أنّ نيّةَ المعيّةِ تُفيدُ ما لا يُفيدُه لفظُها كما صرحوا به ثَمَّ مع استشْكالِه والجوابِ عنه فراجِعْه فإنّه مُهِمٌّ. (ولو قال) أنت طالِقٌ (طَلْقة في طَلْقَتَين وقَصَدَ مَعيّةً فثلاثٌ) يقعْنَ ولو في غيرِ الموطوءةِ لِما مَرَّ (أو) قصَدَ (ظَرْفًا فواحدةٌ)؛ لأنّها مقتضاه (أو حِسابًا وعَرَفَه فثِنْتانِ)؛ لأنّهما موجِبُه عندَ أهلِه (فإنْ جَهِلَه وقَصَدَ معناه) عندَ أهلِه (فطَلْقة) لِبُطْلانِ قصْدِ المجهولِ (وقيلَ ثِنْتانِ)؛ لأنّهما موجِبُه وقد قصَدَه (وإنْ لم ينوِ شيئًا فطَلْقة) عَرَفَه أو جَهِلَه؛ لأنّها اليقينُ (وفي قولٍ ثِنْتانِ إنْ عَرَفَ حِسابًا)؛ لأنّه مَدْلولُه وفي ثالِثٍ ثلاثٌ لِتَلَفُّظه بهنّ ولو قال لا أكتُبُ معك في شَهادةٍ ولم ينوِ أنّه لا يَجْتَمِعُ خَطّاهما في ورَقة بَرَّ بأنْ يَكْتُبَ أوّلاً ثمّ رَفيقُه؛ لأنّ الأوّلَ لا يُسَمَّى حينئذٍ أنّه كتَبَ مع الثاني بخلافِ العكسِ، ويُقاسُ بذلك نَظائِرُه نعم، يظهرُ فيما استدامَتُه كابتدائِه نحوُ لا أقعُدُ معك أنّه لا فرقَ بين تَقَدُّمِ الحالِفِ وتأخُّرِه.

(ولو قال) أنت طالِقٌ (بعضَ طَلْقة) أو نصفَ طَلْقة أو ثُلُثَيْ طَلْقة (فطَلْقة إجماعًا)؛ لأنّه لا يتبَعَّضُ (أو نصفَيْ طَلْقة فطَلْقةٌ)؛ لأنّها مجموعُهما ورجح الإمامُ في نحوِ بعضٍ أنّه من بابِ التعبيرِ بالبعضِ عن الكلِّ، وزَيَّفَ كونَه من بابِ السِّرايةِ وقضيّةُ كلامِ الرّافِعيِّ أنّ هذا نظيرُ ما مَرَّ في يَدُك طالِقٌ فيكونُ من بابِ السِّرايةِ، وهو الأصحُّ وتَظْهَرُ فائِدةُ الخلافِ في ثلاثًا إلا نصفَ طَلْقة فعلى الثاني يقعْنَ، وهو الأصحُّ؛ لأنّ السِّرايةَ في الإيقاعِ لا في الرّفْعِ تَغْليبًا لِلتّحْريمِ وفي طَلِّقْني ثلاثًا بألفٍ فطَلَّقَ واحدةً ونصفًا يقعُ ثِنْتانِ، ويستَحِقُّ ثُلُثَيِ الألفِ على الأوّلِ ونصفَه على الثاني، وهو الأصحُّ اعتبارًا بما

إلّا أنْ يُريدَ كُلَّ نِصْفٍ من طَلْقةٍ، والأصَحُّ أنّ قوله نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ طَلْقةٌ، وثَلاثةَ أنْصافِ طَلْقةٍ أو نِصْفَ طَلْقةٍ وثُلُثَ طَلْقةٍ طَلْقَتانِ، ولو قال نِصْفَ وثُلُثَ طَلْقةٍ فَطَلْقةٌ. ولو قال لأربَعٍ أوقَعْتُ عَلَيْكُنّ أو بينكُنّ طَلْقةً أو طَلْقَتَيْنِ أو ثَلاثًا أو أربَعًا وقَعَ على كُلٍّ طَلْقةٌ، فإنْ قَصَدَ تَوْزيعَ كُلِّ طَلْقةٍ عليهِنّ وقَعَ في ثِنْتَيْنِ ثِنْتانِ، وفي ثَلاثٍ وأربَعٍ ثَلاثٌ، فإنْ قال أرَدْتُ ببينكُنّ بعضَهُنّ لم يُقْبل ظاهِرًا في الأصَحِّ. ....

أوقَعَه لا بما سرى عليه كما مَرَّ (إلا أنْ يُريدَ كلَّ نصفٍ من طَلْقة) فيقعُ ثِنْتانِ عَمَلًا بقَصْدِه (والأصحُّ أنّ قوله) أنت طالِقٌ (نصفَ طَلْقَتين) ولم يُرِدْ ذلك يقعُ به (طَلْقة)؛ لأنّها نصفُهما وحملُه على نصفٍ من كلٍّ ويُكمِلُ بَعيدٌ، ويُفَرَّقُ بينه وبين ما لو أقَرَّ بنصفِ هذينِ يكونُ مُقِرًّا بنصفِ كلٍّ منهما بأنّ الشُّيوعَ هو المُتَبادَرُ من الأعيانِ، ويُؤَيِّدُه أنّه لو قال على نصفِ دِرْهَمين لَزِمَه دِرْهَمٌ اتِّفاقًا ولم يَجْرِ فيه الخلافُ هنا (وثلاثةَ أنْصافِ طَلْقة) ولم يُرِدْ ذلك طَلْقَتانِ تكْميلًا لِلنّصْفِ الزّائِدِ وحملُه على كلِّ نصفٍ من طَلْقة ليقعَ ثلاثٌ أو إلغاءُ النّصفِ الزّائِدِ؛ لأنّ الواحدَ لا يشتَمِلُ على تلك الأجزاءِ فتَقَعُ طَلْقة بَعيدٌ، وإن اعتمد البُلْقينيُّ الثانيَ (أو نصفَ طَلْقة وثُلُثَ طَلْقة طَلْقَتانِ) لإضافَته كلَّ جُزْءٍ إلى طَلْقة وعَطْفِه، وكلٌّ منهما يقتضي التّغايُرَ ومن ثَمَّ لو حَذَفَ الواوَ وقَعَتْ طَلْقة فقط لِضَعْفِ اقتضاءِ الإضافة وحدَها لِلتَّغايُرِ ولو قال خمسةَ أنْصافِ طَلْقة أو سبعةَ أثلاثِ طَلْقة فثلاثٌ.

(ولو قال نصفَ وثُلُثَ طَلْقة فطَلْقة) لِضَعْفِ اقتضاءِ العطْفِ وحدَه لِلتَّغايُرِ ومجموعُ الجُزْأينِ لا يَزيدُ على طَلْقة بل عدمُ ذِكْرِ طَلْقة إثْرَ كلِّ جُزْءٍ دليلٌ ظاهرٌ على أنّ المُرادَ أجزاءُ طَلْقة واحدةٍ.

(ولو قال؛ لأربَعٍ أوقَعْت عليكُنّ أو بينكُنّ طَلْقة أو طَلْقَتين أو ثلاثًا أو أربَعًا وقَعَ على كلٍّ طَلْقة)؛ لأنّ كلًّا يُصيبُهما عندَ التوزيعِ واحدةٌ أو بعضُها فتَكْمُلُ (فإنْ قصدَ توزيعَ كلِّ طَلْقة عليهِنّ وقَعَ في ثِنْتَين ثِنْتانِ وفي ثلاثٍ أو أربَعٍ ثلاثٌ) عَمَلًا بقَصْدِه بخلافِ ما إذا أطلقَ لِبُعْدِه عن الفهْمِ ولهذا لو قيلَ أُقَسِّمُ هذه الدراهِمَ على هَؤُلاءِ الأربَعةِ لا يُفْهَمُ منه قِسمةُ كلٍّ منها عليهم قال أبو زُرْعةَ وكأنّ بعضَ أهلِ العصْرِ أخذَ من هذا في أنتُما طالِقانِ ثلاثًا، وأطلقَ أنّه يقعُ على كلٍّ ثِنْتانِ توزيعًا لِلثّلاثِ عليهما والأقربُ عندي وُقوعُ الثلاثِ على كلٍّ منهما كما هو مقتضى اللّفظِ إذْ هو من الكلّيِّ التّفصيليِّ فيرجعُ ثلاثٌ لِجميعِهما لا مجموعِهما. انتهى.

وفيه وقفة بل الأوّلُ هو الأقربُ إلى اللّفْظِ، ويُعَضِّدُه أصلُ بَقاءِ العِصْمةِ فلم يقعْ إلا المُحَقَّقُ كما مَرَّ، ويُؤَيِّدُ ذلك قولُه: فيمَنْ حَلَفَ أنّ امرأتَه ليستْ بمِصْرَ، وهي بالقاهرةِ ومِصْرُ تُطْلَقُ على كلِّ البلَدِ المعروفة وليست القاهرةُ منها وعلى الإقليم كلِّه، وهي منه فإنْ لم يُرِدْ شيئًا بُنيَ على أنّ حملَ المشتَرَكِ على معنيَيْه احتياطٌ كما نَقَله البيْضاويُّ أو عمومٌ كما نَقَله الآمِديُّ فعلى الأوّلِ لا يقعُ شيءٌ لِلشّكِّ بخلافِه على الثاني لِتَناوُلِ لفظِه له (فإنْ قال أرَدْت بينكُنّ بعضَهُنّ لم يُقْبل ظاهِرًا في الأصحِّ)؛ لأنّه خلافُ ظاهِرِ اللّفْظِ من اقتضاءِ الشّرِكةِ أمّا باطِنًا فيُدَيَّنُ وعليكُنّ كذلك لكن جَزْمًا على ما فيه ولو

ولو طَلَّقَها ثم قال للأُخْرَى أشْرَكْتُك معها أو أنتِ كَهِيَ، فإنْ نَوَى طَلُقَتْ، وإلّا فلا، وكذا لو قال آخَرُ ذلك لامرأتِهِ.

فَصْلٌ

يَصِحُّ الاستِثْناءُ ....

أوقَعَ بينهُنّ ثلاثًا ثمّ قال أرَدْت إيقاعَ ثِنْتَين على هذه وقِسمةَ الأخرى على الباقيات قُبِلَ، (ولو طَلَّقَها ثم قال لأخرى أشرَكْتُك معها أو أنت كهي) أو جعلْتُك شَريكتَها أو مثلها (فإنْ نَوَى) الطّلاقَ بقولِه ذلك (طَلُقت، وإلا فلا)؛ لأنّه كِنايةٌ ولو طَلَّقَ هو أو غيرُه امرَأةً ثلاثًا ثمّ قال لامرَأته أشرَكْتُكِ معها فإنْ نَوَى أصلَ الطّلاقِ فواحدةٌ أو مع العددِ فطَلْقَتانِ؛ لأنّه يَخُصُّها واحدةٌ ونصفٌ على المعتمدِ فإنْ زاد بعدَ معها في هذا الطّلاقِ لِواحدةٍ ثمّ لأخرى طَلُقت الثانيةُ ثِنْتَين والثالِثةُ واحدةً نصَّ عليه هذا في التنجيزِ فلو عَلّقَ طلاقَ امرَأته بدخولٍ مثلاً ثمّ قال ذلك لأخرى روجِعَ فإنْ قصَدَ أنّ الأولى لا تَطْلُقُ حتى تَدْخُلَ الأخرى لم يُقْبل؛ لأنّه رُجوعٌ عن التعليقِ، وهو لا يَجوزُ أو تعليقَ طلاقِ الثانيةِ بدخولِ الأولى أو بدخولِها نفسِها صَحَّ إلحاقًا لِلتعليقِ بالتنجيزِ (وكذا لو قال آخرُ ذلك لامرَأته) فإنْ نَوَى طَلُقت، وإلا فلا؛ لأنّه كِنايةٌ ولو قال أنت طالِقٌ عَشْرًا فقالتْ يكفيني ثلاثٌ فقال البواقي لِضَرّتك لم يقعْ على الضّرّةِ شيءٌ؛ لأنّ الزّيادةَ على الثلاثِ لَغْوٌ كما قالاه هنا نعم، إنْ نَوَى به طلاقَها طَلُقت ثلاثًا أخذًا مِمّا قدَّمْناه في الكِنايةِ.

(فرع): جَلَسَ نِساؤُه الأربعُ صَفًّا فقال الوُسطَى منكُنّ طالِقٌ وقَعَ على الثانيةِ أو الثالِثةِ فيُعَيِّنُ مَنْ شاءَ منهما؛ لأنّ المفهومَ من الوُسطَى الاتّحادُ ومن ثَمَّ نُصَّ في مُكاتَبٍ عليه أربَعُ نُجومٍ فقال سيِّدُه ضَعوا عنه أوسَطَها على أنّ الوارِثَ يتخَيَّرُ بين الثاني والثالِثِ وزَعْمُ أنّ الوُسطَى مَنْ يستَوِي جانِباها فلا وُسطَى هنا ممنوعٌ؛ لأنّ ذاك بالنّظَرِ للحَقيقة وما هنا المعتبَرُ فيه العُرْفُ قال القاضي فإنْ قال مَنْ كان منكُنّ الوُسطَى فهي طالِقٌ وقَعَ عليهما. انتهى. وفيه وقفة؛ لأنّ قوله مَنْ، وإنْ شَمِلَتْهما لَكِنّ قوله فهي يقتضي التوحيدَ فلْتكن كالأولى ولَعَلَّ ما قاله مَبنيٌّ على الضّعيفِ في الأولى أنّه يقعُ عليهما أو مُتَحلّقاتٍ فللقاضي احتمالانِ لا يقعُ شيءٌ، ويقعُ على واحدةٍ، ويُعَيِّنُها، وهو الأوجَه لِما مَرَّ أنّ الوُسطَى لا تَتَناوَلُ إلا واحدةً لَكِنّها هنا مُبْهَمةٌ في الكلِّ إذْ كلٌّ منهنّ تُسَمَّى وُسطَى فلْيُعَيِّنْ واحدةً منهنّ قال فإنْ قال مَنْ كان منكُنّ الوُسطَى فهي طالِقٌ احتَمَلَ أنْ يقعَ على الكلِّ. انتهى. وهو مَبنيٌّ على ما مَرَّ عنه مع التَوَقُّفِ فيه .

فصل في الاستثناءِ

(يصحُّ الاستثناءُ) لِوُقوعِه في القرآنِ والسُّنّةِ وكلامِ العرَبِ، وهو: الإخراجُ بنحوِ إلا كأستَثْني وأحَطُّ كما مَرَّ في الإقرارِ، وكذا التعليقُ بالمشيئةِ وغيرِها من سائرِ التعليقات كما اشْتُهِرَ شرعًا فكلُّ ما

بشَرْطِ اتِّصالِه، ولا يَضُرُّ سَكْتةُ تَنَفُّسٍ وعيٍّ قُلْت: ويُشْتَرَطُ أنْ يَنْويَ الاستِثْناءَ قبلَ فَراغِ اليمينِ في الأصَحِّ، واللَّه أعْلمُ ويُشْتَرَطُ عَدَمُ استِغْراقِه. ولو قال: أنْتِ طالِقٌ ثلاثًا إلّا ثِنْتَيْنِ وواحِدةً فَواحِدةٌ، ....

يأتي من الشُّروطِ ما عدا الاستغراقَ عامٌّ في النَّوْعَين (بشرطِ اتِّصالِه) بالمُستَثنَى منه عُرْفًا بحيثُ يُعَدُّ كلامًا واحدًا، واحتَجَّ له الأُصوليّون بإجماعِ أهلِ اللُّغةِ وكأنّهم لم يعتَدّوا بخلافِ ابنِ عَبّاسٍ فيه لِشُذوذِه بفرضِ صِحّته عنه (ولا يَضُرُّ) في الاتِّصالِ (سَكْتةُ تَنَفُّسٍ وعيٍّ) ونحوِهِما كعُروضِ سُعالٍ وانقطاعِ صوتٍ، والسُّكوت لِلتَّذَكُّرِ كما قالاه في الأيمانِ، ولا يُنافيه اشتراطُ قَصْدِه قبلَ الفراغِ؛ لأنّه قد يقصِدُه حالاً ثمّ يتذَكَّرُ العددَ الذي يستَثنيه وذلك؛ لأنّ ما ذُكِرَ يَسيرٌ لا يُعَدُّ فاصِلاً عُرْفًا بخلافِ الكلامِ الأجنَبيِّ، وإنْ قلَّ لا ما له به تعلُّقٌ، وقد قلَّ أخذًا من قولِهم: لو قال: أنت طالِقٌ ثلاثًا يا زانيةُ إنْ شاءَ اللَّه صَحَّ الاستثناءُ.

فإنْ قُلت: صرحوا بأنّ الاتِّصالَ هنا أبلَغُ منه بين إيجابِ نحوِ البيعِ وقَبولِه، والذي تقرّر يقتضي أنّه مثلُه قُلْت ممنوعٌ بل لو سكتَ ثَمَّ عَبَثًا يَسيرًا عُرْفًا لم يَضُرَّ، وإنْ زاد على سكْتةِ نحوِ التّنَفُّسِ بخلافِه هنا (قُلْت ويُشْتَرَطُ أنْ ينويَ الاستثناءَ) وأُلْحِقَ به ما في معناه كأنت طالِقٌ بعدَ موتي، وهو معلومٌ من قولِنا: وكذا التعليقُ إلى آخِرِه (قبلَ فراغِ اليمينِ في الأصحِّ واللَّه أعلمُ)؛ لأنّه رافِعٌ لِبعضِ ما سبَقَ فاحتيجَ قصْدُه لِلرَّفْعِ بخلافِه بعدَ فراغِ لفظِ اليمينِ إجماعًا على ما حَكاه غيرُ واحدٍ لَكِنّه مُعتَرَضٌ بأنّ فيه وجهًا رجحه جمعٌ وحَكاه الرّويانيُّ عن الأصحابِ أمّا إذا اقتَرَنَتْ بكلِّه فلا خلافَ فيه أو بأوّلِه فقط أو آخِرِه فقط أو أثنائِه فقط فيصحُّ كما شَمِلَ ذلك كلَّه المتنُ، ويظهرُ أنْ يأتيَ في الاقترانِ هنا بأنت من أنت طالِقٌ ثلاثًا إلا واحدةً أو إنْ دَخَلْت ما مَرَّ في اقترانِها بأنت من أنت بائِنٌ.

فإنْ قُلت: لِمَ لم يَجْرِ الخلافُ المارُّ في نيّةِ الكِنايةِ هنا؟ قُلْت يُمْكِنُ الفرقُ بأنّ المُستَثنَى صريحٌ في الرّفْعِ فكفَى فيه أدْنَى إشعارٍ به بخلافِ الكِنايةِ فإنّها لِضَعْفِ دَلالَتِها على الوُقوعِ تحتاجُ إلى مُؤَكِّدٍ أقوى، وهو اقترانُ النّيّةِ بكلِّ اللّفظِ على ما مَرَّ ثمّ رأيت الشيخينِ نَقَلا عن المُتَوَلّي وأقَرّاه فيمَنْ قال: أنت طالِقٌ ونَوَى إنْ دَخَلْت أنّه إنْ نَوَى ذلك أثناءَ الكلِمةِ فوجهانِ كما في نيّةِ الكِنايةِ انتهى. وهو يقتضي أنْ يأتيَ هنا ما مَرَّ في الكِنايةِ لَكِنّه يُشْكِلُ على المتنِ فإنّه صرّح ثَمَّ باقترانِ نيّتِها بكلِّ اللّفظِ، وهنا باكتفاءِ مُقارَنةِ النّيّةِ لِبعضِه، ولا مخلَصَ عن ذلك إلا بما فرَّقْتُ به، وإنّما أُلْحِقَ ما ذكراه بالكِنايةِ؛ لأنّ الرّفْعَ فيه على القولِ به بمُجَرَّدِ النّيّةِ مثلُها بخلافِ ما هنا فتأمّلْه (ويُشْتَرَطُ) أيضًا أنْ يعرفَ معناه ولو بوجهٍ وأنْ يتلَفَّظَ به بحيثُ يسمَعُ نفسَه إن اعتَدَلَ سمْعُه، ولا عارِضَ، وإلا لم يُقْبل وأنْ لا يُجمع مُفَرَّقٌ، ولا يُفَرَّقَ مُجْتَمَعٌ في مُستَثنًى أو مُستَثنًى منه أو فيهما لأجلِ الاستغْراقِ أو عدمِه و(عدمُ استغراقِه) فالمُستَغْرِقُ كثلاثًا إلا ثلاثًا باطِلٌ إجماعًا فيقعُ الثلاثُ (ولو قال: أنت طالِقٌ ثلاثًا إلا ثِنْتَين وواحدةً فواحدةٌ) لِما تقرّر أنّه لا يُجْمَعُ مُفَرَّقٌ لأجلِ الاستغراقِ بل يُفْرَدُ كلٌّ بحكمِه كما هو شأنُ

وقيلَ ثَلاثٌ، أو اثْنَتَيْنِ وواحِدةً إلّا واحِدةً فَثلاثٌ، وقيلَ ثِنْتانِ ....

المُتعاطِفات، ومن ثَمَّ طَلَقت غيرُ موطوءةٍ في طالِقٍ وطالِقٍ واحدةً، وفي طَلْقَتَين ثِنْتَين وإذا لم يُجْمع المُفرَّقُ كان المعنى إلا ثِنْتَين لا يقعانِ فتَقَعُ واحدةٌ فيَصيرُ قولُه وواحدةً مُستَغرِقًا فيَبْطُلُ وتَقَعُ واحدةٌ (وقيلَ ثلاثٌ) بناءً على الجمعِ فيكونُ مُستَغرِقًا فيَبْطُلُ من أصلِه (أو) أنت طالِقٌ (ثِنْتَين وواحدةً إلا واحدةً فثلاثٌ)؛ لأنّه إذا لم يُجْمع لأجلِ عدمِ الاستغْراقِ كانت الواحدةُ مُستَثناةً من الواحدةِ، وهو مُستغْرِقٌ فيَبْطُلُ ويقعُ الثلاثُ (وقيلَ ثِنْتانِ) بناءً على الجمعِ في المُستَثنَى منه.

(تنبيهٌ) من المُستَغْرِقِ كلُّ امرَأةٍ لي طالِقٌ غيرَك، ولا امرَأةَ له سِواها صرّح به السُّبْكيُّ وسبقَه إليه القفّالُ والقاضي في فتاويه غيرِ المشهورةِ لكِنّه أعني القفّالَ قيّدَه بما إذا لم يَقُلْه على سبيلِ الشرطِ؛ لأنّه حينئذٍ استثناءٌ، وهو مع الاستغْراقِ لا يصحُّ فكأنّه قال: أنت طالِقٌ إلا أنت، ومن ثَمَّ قال في الروضةِ عن القفّالِ: لو قال كلُّ امرَأةٍ لي طالِقٌ إلا عمرةَ وليس له امرَأةٌ سِواها طَلَقت وأطلقَ الإسنَويُّ عدمَ الوُقوعِ، وقَيّدَه غيرُه بما إذا كانت قرينةٌ، والذي يَتَّجِه ترجيحُه أنّه يقعُ ما لم يُرِدْ أنّ غيرَك صِفة أُخِّرَتْ من تقديم، وهو مُرادُ القفّالِ بإرادةِ الشرطِ أو تَقُم قرينةٌ على إرادَتِها كأنْ خاطَبَتْه بتَزَوَّجْتَ عليَّ؟ فقال: كلُّ إلَخ ويوَجَّه ذلك بأنّ ظاهرَ اللّفْظِ الاستثناءُ فأوقَعْنا به قصْدَ الاستثناءِ أو أطلقَ؛ لأنّه حيثُ لا قصْدَ لِلصِّفة، ولا قرينةَ لم يُعارِضْ ذلك الظّاهرَ شيءٌ.

وقولُ الإسنَويّ: الأصلُ بَقاءُ العِصْمةِ يُرَدُّ بأنّهم أخذوا بظاهرِ اللّفْظِ في مسائلَ كثيرةٍ كما هو واضِحٌ من كلامِهم، ولم يَلْتَفِتوا للأصلِ المذكورِ ومِمّا يُؤَيِّدُ الحملَ فيما ذُكِرَ على الاستثناءِ لِكونِه المُتَبادِرَ من هذا اللّفْظِ قولُ الرّضيِّ حملُ غيرٍ على إلا أكثرُ من العكسِ، وقولُ الرّافِعيِّ عن الجمهورِ في له عليَّ دِرْهَمٌ غيرُ دانَقٍ بالرّفْعِ يلزمُه خمسةُ دَوانِقَ عندَ الجمهورِ؛ لأنّه السّابِقُ إلى فهمِ أهلِ العُرْفِ، وإنْ أخطأ في الإعرابِ انتهى. وزعم أنّ في إرادةِ الصِّفة نسخَ اللّفْظِ بعدَ وُقوعِه كما في أنت طالِقٌ غيرُ طالِقٍ يُرَدُّ بأنّ هذا لا انتظامَ فيه بل يُعَدُّ كلامًا مُفْلَتًا عُرْفًا بخلافِ: كلُّ امرَأةٍ لي طالِقٌ غيرَك، وإذا كان مُنْتَظِمًا عُرْفًا فالكلامُ لا يَتِمُّ إلا بآخِرِه، وقولُ الإسنَويّ إنّ الخوارِزْميَّ صرّح في صورةِ التّأخيرِ بعدمِ الوُقوعِ سهْوًا فإنّ الذي في عبارَته تقديمُ سِواك على طالِقٍ، وهي: خطبَ امرَأةً فامتنعتْ؛ لأنّه مُتَزَوِّجٌ فوَضَعَ امرَأتَه في المقابِرِ ثمّ قال: كلُّ امرَأةٍ لي سِوَى التي في المقابِرِ طالِقٌ لم يقعْ عليه طلاقٌ انتهى وهذه أعني: كلُّ امرَأةٍ لي غيرَك طالِقٌ لا نِزاعَ في عدم الوُقوعِ فيها أي إلا أنْ ينويَ الاستثناءَ نصَبَ أو لا وفارَقَ غيرَك صِفة غيرَك استثناءً بأنّ الأولى تُفيدُ السُّكوتَ عَمّا بعدَها كجاءَ رجلٌ غيرُ زَيْدٍ فزَيْدٌ لم يَثْبُتْ له مَجيءٌ، ولا عدمُه والثانيةُ تُفيدُ لِما بعدَها ضِدَّ ما قبلها، ولا فرقَ في الحالينِ أعني تقديمَ غيرٍ وتأخيرَها بين الجرِّ وقَسيمَيْه؛ لأنّ اللّحْنَ بفرضِ تأتّيه هنا لا يُؤَثِّرُ، ولا بين النّحْويِّ وغيرِه، ولا بين غيرٍ وسِوَى، وإذا صرّح الخوارِزْميُّ في سِوَى بما مَرَّ مع قولِ جمعٍ إنّها لا تكونُ صِفة فغيرُ المُتّفَقُ على جوازِ كونِها صِفة أولى.

وهو من نَفْيٍ إثْباتٌ وعَكْسُه، فلو قال ثَلاثًا إلّا ثِنْتَيْنِ إلّا طَلْقةً فَثِنْتانِ، أو ثَلاثًا إلّا ثَلاثًا إلّا اثْنَتَيْنِ فَثِنْتانِ، وقيلَ ثَلاثٌ، وقيلَ طَلْقةٌ، أو خَمسًا إلّا ثَلاثًا فَثِنْتانِ، وقيلَ ثَلاثٌ أو ثَلاثًا إلّا نِصْفَ طَلْقةٍ فَثَلاثٌ على الصّحيحِ. ولو قال: أنْتِ طالِقٌ إنْ شاءَ اللّه أو إنْ لم يَشأْ اللّه وقَصَدَ التَّعْليقَ لم يَقَعْ ....

(وهو) أي الاستثناءُ بنحوِ إلا (من نفيٍ إثباتٌ وعكسِه) أي من الإثبات نفيٌ خلافًا لأبي حَنيفة فيهما وسيأتي في الإيلاءِ قاعِدةٌ مُهِمّةٌ في نحوِ لا أطَؤُك سنةً إلا مَرّةً، ولا أشكوه إلا من حاكِمِ الشرعِ، ولا أبيتُ إلا ليلةً حاصِلُها عدمُ الوُقوعِ فراجِعْ ذلك فإنّه دَقيقٌ مُهِمٌّ، ومنه إنْ لم يكن في الكيسِ إلا عَشْرةُ دَراهِمَ فأنت طالِقٌ فلم يكن فيه شيءٌ فلا تَطْلُقُ، وفي لا أفْعَلُه إلا إنْ جاءَ ولَدي من سفَرِه فمات ولَدُه قبلَ مَجيئِه ثمّ فعله تَرَدُّدٌ، وسيأتي في تلك القاعِدةِ أنّ الثابِتَ بعدَ الاستثناءِ هو نَقيضُ المَلْفوظِ به قبله، والذي قبله هنا الامتناعُ مُطْلَقًا، ونَقيضُه التّخْييرُ بعدَ مَجيءِ الولدِ بين الفعلِ وعدمِه فإذا انتفى مَجيئُه بَقِيَ الامتناعُ على حالِه، وقضيّتُه حِنْثُه بفعلِه بعدَ موته مُطْلَقًا، وأمّا إفتاءُ بعضِهم في هذه بأنّه إنْ كان أعلمَ ولَدَه باليمينِ ومات قبلَ تَمَكُّنِه من المجيءِ لم يقعْ، وإلا وقَعَ فبَعيدٌ جِدًّا بل لا وجهَ له كما هو ظاهرٌ بأدْنَى تأمُّلٍ.

(فلو قال ثلاثًا إلا ثِنتَين إلا طَلْقة فثِنتانِ)؛ لأنّ المعنى ثلاثًا يقعْنَ إلا ثِنْتَين لا يقعانِ إلا واحدةً تَقَعُ (أو) أنت طالِقٌ (ثلاثًا إلا ثلاثًا لا ثِنتَين فثِنتانِ)؛ لأنّه لَمّا عَقَّبَ المُستَغْرِقَ بغيرِه خرج عن الاستغْراقِ نَظَرًا للقاعِدةِ المذكورةِ أي ثلاثًا تَقَعُ إلا ثلاثًا لا تَقَعُ إلا ثِنْتَين يقعانِ (وقيلَ ثلاثٌ)؛ لأنّ المُستَغرِقَ لَغْوٌ فيَلْغو ما بعدَه (وقيلَ طَلْقة) إلغاءً للمُستَغرِقِ وحدَه (أو) أنت طالِقٌ (خمسًا إلا ثلاثًا فثِنتانِ) اعتبارًا لِلاستثناءِ من المَلْفوظِ؛ لأنّه لفظٌ فاتُّبِعَ فيه موجَبُ اللّفْظِ (وقيلَ ثلاثٌ) اعتبارًا له بالمملوكِ فيكونُ مُستغْرِقًا فيَبْطُلُ (أو) أنت طالِقٌ (ثلاثًا إلا نصفَ طَلْقة) أو إلا أقَلَّه، ولا نيّةَ له على ما في الاستقصاءِ (فثلاثٌ على الصّحيحِ) تكْميلاً لِلنّصْفِ الباقي في المُستَثنَى منه، ولم يعكِس؛ لأنّ التّكْميلَ إنّما يكونُ في الإيقاعِ تَغْليبًا لِلتّحْريم فإنْ قال إلا نصفًا روجِعَ فإنْ أرادَ نصفَ طَلْقة فكذلك أو نصفَ الثلاثِ أو أطلقَ فثِنْتانِ كما مَرَّ أوّلَ الفصلِ الذي قبلَ هذا.

(ولو قال: أنت طالِقٌ إنْ) أو إذا أو متى مثلاً (شاءَ اللّه) أو أرادَ أو رَضيَ أو أحَبَّ أو اختارَ أو أنت طالِقٌ بمَشيئَته (أو) قال: أنت طالِقٌ (إنْ) أو إذا مثلاً (لم يَشأْ اللّه وقَصَدَ التعليقَ) بالمشيئةِ قبلَ فراغِ اليمينِ، ولم يَفْصِلْ بينهما وأسمع نفسَه كما مَرَّ (لم يقعْ) أمّا في الأوّلِ فللخبرِ الصّحيح «مَنْ حَلَفَ ثمّ قال إنْ شاءَ اللّه فقد استَثنَى»(١)، وهو عامٌّ لِلطّلاقِ وغيرِه، وفي خبرٍ لأبي موسَى الأصفَهانيّ «مَنْ

---

(١) [صحيح] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٣٢٦١]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ١٥٣١]، والنسائي في (سننه) [رقم/ ٣٨٢٨]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ٢١٠٦]، وغيرهم من حديث: ابن عمر ﵄.
قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (صحيح سنن أبي داود) للألباني [رقم/ ٢٧٩٤].

وكذا يَمنَعُ انْعِقادَ تَعْليقٍ وعِتْقٍ ويَمينٍ ونَذْرٍ وكُلِّ تَصرُّفٍ. ولو قال يا طالِقُ إنْ شاءَ اللّه وقَعَ في الأصَحِّ. أو قال أنْتِ طالِقٌ إلّا أنْ يَشاءَ اللّه تعالى فلا في الأصَحِّ.

أعتَقَ أو طَلَّقَ واستَثنَى فله ثُنياه»[1] وعَلَّله أصحابُنا المُتكلِّمون بأنّه يقتضي مَشيئةً جَديدةً، ومَشيئَتُه تعالى قديمةٌ فهو كالتعليقِ بمَشيئةِ زَيْدٍ، وقد كان شاءَ في الماضي، والفُقَهاءُ بأنّ مَشيئَتَه تعالى لا تُعْلَمُ لَنا، وبه يُفرِّقُ بين صحّةِ هذا دون المُستَغرِقِ؛ لأنّ المُستَغرِقَ يمنعُ انتظامَ اللّفْظِ بخلافِ هذا وأجابَ الرّافِعيُّ عن الأوّلِ بأنّها، وإنْ كانت قديمةً لَكِنّها تَتعلَّقُ بالحادِثات، وتُصَيِّرُ الحادِثَ عندَ حُدوثِه مُرادًا، فإنْ شاءَ اللّه تعليقٌ بذلك التّعَلُّقِ المُتَجَدِّدِ ثمّ معنى إنْ شاءَ اللّه في أنت طالِقٌ ثلاثًا إنْ شاءَ اللّه أي إنْ شاءَ طلاقُك ثلاثًا لانصِرافِ اللّفْظِ لِجُمْلةِ المذكورِ وفي أنت طالِقٌ إنْ شاءَ اللّه أي طلاقَك الذي عَلَّقْته لا مُطْلَقًا فحينئذٍ لا يَرِدُ ما لو قال بعدَ أحدِ هذينِ التعليقَين طَلَّقْتُك نَظَرًا إلى أنّ قضيّةَ ما عَلَّلَ به الفُقَهاءُ وُقوعَهما؛ لأنّه بطلاقِه لها علم مَشيئَتَه تعالى لِطلاقِها ووجه عدمِ إيرادِه أنّه لم يوجَدْ، الطّلاقُ المُعَلَّقُ عليه، وأمّا في الثاني فلاستحالةِ الوُقوعِ بخلافِ مَشيئةِ اللّه تعالى، وهذا يُناسِبُ الأوّلَ ولأنّ عدمَ المشيئةِ غيرُ معلوم أيضًا، وهذا يُناسِبُ الثانيَ لا يُقالُ: يلزمُ من عدم الوُقوعِ تَحَقُّقُ عدمِ المشيئةِ الذي هو الشرطُ اللّازِمُ من تَحَقُّقِه وُقوعَ الطّلاقِ؛ لأنّا نَقولُ: لو وقَعَ لانتفَت الصِّفةُ؛ إذْ لا يقَعُ إلا بمَشيئةِ اللّه تعالى، وبانتفائِها ينتَفي المُعَلَّقُ بها وإيضاحُه أنّه لو وقَعَ لَكان بالمشيئةِ ولو شاءَ اللّه وُقوعَه لانتفَى عدمُ مَشيئَته فلا يقعُ لانتفاءِ المُعَلَّقِ عليه فلَزِمَ من وُقوعِه عدمُ وُقوعِه لِما بين الشرطِ والجزاءِ من التّضادِّ وخرج بقَصْدِ التعليقِ ما إذا سبَقَ لِسانُه أو قصَدَ التّبَرُّك أو أنّ كلَّ شيءٍ بمَشيئةِ اللّه تعالى أو لم يعلم هل قصَدَ التعليقَ أو لا، وكذا إنْ أطلقَ خلافًا للإسنَويِّ وكونُ اللّفْظِ لِلتعليقِ لا يُنافي اشتراطَ قصْدِه كما أنّ الاستثناءَ للإخراجِ واشتُرِطَ فيه ذلك ولو قال: أنت طالِقٌ إنْ شاءَ اللّه، وإنْ لم يَشَأْ أو شاءَ أو لم يَشَأْ أو إنْ شاءَ أو إنْ لم يَشَأْ في كلامٍ واحدٍ طَلَقت (وكذا يمنعُ) التعليقُ بالمشيئةِ (انعِقادَ تعليقٍ) كأنت طالِقٌ إنْ دَخَلْت إنْ شاءَ اللّه لِعمومِ الخبرِ السّابِقِ وكالتّخْييرِ بل أولى (وعتقٍ) تنجيزًا وتعليقًا (ويَمينٍ) كواللّه لأفعَلَنّ كذا إنْ شاءَ اللّه (ونذرٍ) كعليَّ كذا إنْ شاءَ اللّه (وكلِّ تَصرُّفٍ) غيرَ ما ذُكِرَ من كلِّ عقدٍ وحَلٍّ وإقرارٍ ونيّةِ عبادةٍ. (ولو قال يا طالِقُ إنْ شاءَ اللّه وقَعَ في الأصحِّ)؛ لأنّ النّداءَ يقتضي تَحَقُّقَ الاسمِ أو الصِّفة حالَ النّداءِ، ولا يُقالُ في الحاصِلِ: إنْ شاءَ اللّه بخلافِ أنت كذا فإنّه قد يُستعمَلُ للقربِ من الشيءِ كأنت واصِلٌ أو صحيحٌ للمُتَوَقَّعِ قُربَ وُصولِه أو شِفائِه، وفي يا طالِقُ أنت طالِقٌ ثلاثًا إنْ شاءَ اللّه وأنت طالِقٌ ثلاثًا يا طالِقُ إنْ شاءَ اللّه يرجعُ الاستثناءُ لِغيرِ النّداءِ فيقعُ واحدةً قال القاضي: ومَحَلُّ ذلك كلِّه فيمَنْ ليس اسمُها طالِقًا، وإلا لم يقعْ شيءٌ أي ما لم يقصِدِ الطّلاقَ (أو) قال (أنت طالِقٌ إلا أنْ يَشاءَ اللّه فلا) يقعُ شيءٌ (في الأصحِّ) إذِ المعنى إلا أنْ

---

(١) أخرجه: أبو موسى في (ذيل الصحابة)، من حديث معدي كرب ﷺ، كما في: (التلخيص الحبير) لابن حجر [٣/٢١٣].

فَصْلٌ

شَكَّ في طَلاقٍ فلا، أو في عَدَدٍ فالأقَلُّ، ولا يَخْفَى الورَعُ. ولو قال إنْ كان ذا الطّائِرُ غُرابًا فأنْتِ طالِقٌ، وقال آخرُ إنْ لم يَكُنْه فامرأتي طالِقٌ وجُهِلَ لم يُحْكَم بطَلاقِ أحَدٍ، فإنْ قالهما رَجُلٌ لِزَوْجَتَيْه طَلُقَتْ إحْداهما ولَزِمَه البحْثُ والبيانُ ....

يَشاءَ عدمَ تَطْليقِك، ولا اطِّلاعَ لَنا على ذلك نظيرُ ما مَرَّ وانتصر جمعٌ للمُقابِلِ بأنّه الذي عليه الجمهورُ؛ لأنّه أوقَعَه وجعلَ الخلاصَ بالمشيئةِ، وهي غيرُ معلومةٍ فهو كأنت طالِقٌ إلا أنْ يَشاءَ زَيْدٌ فمات، ولم تعلم مَشيئَتَه قال الأذرَعيُّ ومَحَلُّ الخلافِ إذا أطلَقَ فإنْ ذكرَ شيئًا اعْتُمِدَ قولُه وأفتى ابنُ الصّلاحِ فيمَنْ قال لا أفعَلُ كذا إلا أنْ يسبِقَني القضاءُ أو القدَرُ ثُمّ فعله وقال: قصَدْت إخراجَ ما قُدِّرَ منه عن اليمينِ لم يحنَث.

فصلٌ

(شَكَّ في) أصلِ (طَلاقٍ) مُنَجَّزٍ أو مُعَلَّقٍ هل وقَعَ منه أو لا (فلا) يقعُ إجماعًا (أو في عددٍ) بعدَ تَحَقُّقِ أصلِ الوُقوعِ (فالأقَلُّ)؛ لأنّه اليقينُ (ولا يخفى الورَعُ) في الصّورتَين، وهو الأخذُ بالأسوَأ للخبرِ الصّحيحِ «دَعْ ما يَريبُك إلى ما لا يَريبُك»[1] ففي الأوّلِ يُراجِعُ أو يُجَدِّدُ إنْ رَغِبَ، وإلا فلْيُنَجِّزْ طلاقَها لِتَحِلَّ لِغَيرِه يقينًا، وفي الثاني يأخُذُ بالأكثرِ فإنْ كان الثلاثَ لم ينكِحْها إلا بعدَ زوجٍ، فإنْ أرادَ عَوْدَها له بالثلاثِ أوقَعَهُنّ عليها، وفيما إذا شَكَّ هل طَلَّقَ ثلاثًا أم لم يُطَلِّقْ أصلًا الأولى أنْ يُطَلِّقَ ثلاثًا لِتَحِلَّ لِغيرِه يقينًا ولِتَعودَ له بعدَه يقينًا وبالثلاثِ.

(تنبية) ذِكْرُهم ثلاثًا هنا إنّما هو ليحصُلَ له مجموعُ الفوائِدِ الثلاثِ المذكورةِ لا لِتَوَقُّفِ كلٍّ منهنّ على الثلاثِ فتأمّلْهُ.

(ولو قال إنْ كان ذا الطّائِرُ غُرابًا فأنت طالِقٌ وقال آخرُ إنْ لم يكنه) أي هذا الطّائِرُ غُرابًا (فامرأتي طالِقٌ وجُهِلَ) حالُه (لم يُحكم بطلاقِ أحدٍ) منهما؛ لأنّ أحدَهما لو انفرَدَ بما قاله لم يُحْكم بطلاقِه لِجوازِ أنّه غيرُ المُعَلَّقِ عليه فتعليقُ الآخرِ لا يُغَيِّرُ حكمَه (فإنْ قالهما رجلٌ لِزوجَتَيه طَلَقت إحداهما) يقينًا إذْ لا واسِطةَ (ولَزِمَه البحثُ) عنه إنْ أمكنَ علمُه لِنحوِ عَلامةٍ يعرِفُها فيه (والبيانُ) للمُطَلَّقة منهما وعَبَّرَ غيرُ واحدٍ بقولِه: والبيانُ لِزوجَتَيه أي أنْ يظهرَ لهما الحالُ لِتُعلَمَ المُطَلَّقة من غيرِها فلا تَنافيَ بين العبارَتَين، ويلزَمُه أيضًا اجتنابُهما إلى بَيانِ الحالِ أمّا إذا لم يُمْكِنْه ذلك فلا يلزَمُه بَحْثٌ، ولا بَيانٌ كما بحثه الأذرَعيُّ وغيرُه، وكذا إنْ كان الطّلاقُ رجعيًّا كما يأتي؛ لأنّ الرّجعيّةَ زوجةٌ.

(تنبية) يُؤْخَذُ من تعبيرِه بالبيانِ هنا مع ما يأتي له أنّ هذا تعيينٌ لا بَيانٌ أنّ مَحَلَّ الفرقِ بينهما إنْ جُمِعا، وإلا جازَ استعمالُ كلٍّ من اللّفظَين في كلٍّ من المحَلّين.

---

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

ولو طَلَّقَ إحْداهما بعَيْنِها ثم جَهِلَها وُقِفَ حتّى يَذَّكَّرَ، ولا يُطالَبُ ببَيانٍ إنْ صَدَّقَتاه في الجهْلِ. ولو قال لَها ولأجْنَبيّةٍ إحْداكُما طالِقٌ وقال قَصَدْت الأجْنَبيّةَ قُبِلَ في الأصَحِّ. ولو قال زَيْنَبُ طالِقٌ، وقال قَصَدْتُ أجْنَبيّةً فلا على الصّحيحِ، ولو قال لِزَوْجَتَيْه إحْداكُما طالِقٌ وقَصَدَ مُعَيَّنةً طَلُقَتْ، وإلّا ....

(ولو طَلَّقَ إحداهما بعَينها) كأنْ خاطَبَها به أو نَواها عندَ قولِه إحداكُما طالِقٌ (ثمّ جَهِلها) بنحوِ نِسيانٍ (وُقِفَ) وجوبًا الأمرُ من وطْءٍ وغيرِه عنهما (حتى يَذَّكَّرَ) المُطَلَّقة أي يتذَكَّرَها؛ لأنّ إحداهما حَرُمت عليه يقينًا، ولا مَجالَ لِلاجتهادِ هنا (ولا يُطلَبُ ببَيانٍ) للمُطلَّقة (إنْ صَدَّقَتاه في الجهلِ) بها؛ لأنّ الحقَّ لهما فإنْ كذَّبناه وبادَرَتْ واحدةٌ، وقالتْ: أنا المُطَلَّقة طولِبَ بيَمينٍ جازِمةٍ أنّه لم يُطَلِّقْها، ولم يُقْنَعْ منه بنحوِ نَسيت، وإن احتَمَلَ فإنْ نَكلَ حَلَفت وقُضيَ لها، فإنْ قالت الأخرى ذلك فكذلك. (ولو قال لها ولأجنبيّةٍ) أو أمةٍ (إحداكُما طالِقٌ، وقال قصَدْت الأجنَبيّةَ) أو الأمةَ (قُبِلَ) قولُه (في الأصحّ) بيَمينِه لِتَرَدُّدِ اللّفظِ بينهما فصَحَّتْ إرادَتُها واستُشْكِلَ بما لو أوصَى بطَبْلٍ من طُبولِه فإنّه ينصَرِفُ لِلصَّحيحِ، ويُرَدُّ بأنّهما على حَدٍّ واحدٍ؛ لأنّ ذاك حيثُ لا نيّةَ له، وهنا إذا لم تكن له نيّةٌ ينصَرِفُ لِزوجَته أَمّا إذا لم يَقُلْ ذلك فتَطْلُقُ زوجَتُه نعم، إنْ كانت الأجنبيّةُ مُطَلَّقة منه أو من غيرِه لم ينصَرِفْ لِزوجَته على ما بحثه الإسنَويُّ لِصِدْقِ اللّفظِ عليهما صِدْقًا واحدًا مع أصلِ بَقاءِ الزوجيّةِ وكما لو أعتَقَ عبدَه ثمّ قال له ولِعبدٍ له آخرَ أحدُكُما حُرٌّ لا يُعْتَقُ الآخرُ، وأمّا إذا قال ذلك لِزوجَته ورجلٍ أو دابّةٍ فلا يُقْبَلُ قولُه قصَدْت أحدَ هذينِ؛ لأنّه ليس مَحَلًّا لِلطّلاقِ.

(ولو قال) ابتداءً أو بعدَ سُؤالِ طلاقٍ (زَيْنَبُ طالِقٌ) وهو اسمُ زوجَته واسمُ أجنَبيّةٍ (وقال: قصَدْت الأجنَبيّةَ فلا) يُقْبَلُ (على الصّحيحِ) ظاهِرًا بل يُدَيَّنُ لاحتمالِه، وإنْ بَعُدَ إذِ الاسمُ العلَمُ لا اشتراك، ولا تَناوُلَ فيه وضْعًا فالطّلاقُ مع ذلك لا يتبادَرُ إلا إلى الزوجةِ بخلافِ أحدٍ فإنّه يتناوَلُها وضْعًا تَناوُلًا واحدًا فأثَّرَتْ نيّةُ الأجنَبيّةِ حينئذٍ، وهل يأتي بَحْثُ الإسنَويِّ هنا فيُقْبَلُ منه تعيينُ زَيْنَبَ التي عُرِفَ لها طلاقٌ منه أو من غيرِه أو يُفَرَّقُ بأنّ التّبادُرَ هنا لِزوجَته أقوى فلا يُؤَثِّرُ فيه ذلك كلٌّ مُحْتَمَلٌ، وهل ينفَعُه تصديقُ الزوجةِ في مسألةِ المتنِ قيلَ نعم، والأوجَه لا ولو قال: زوجَتي فاطِمةُ بنتُ محمّدٍ طالِقٌ وزوجَتُه زَيْنَبُ بنتُ محمّدٍ طَلَقت إلغاءً للخطأ في الاسمِ لِقولِه زوجَتي الذي هو القويُّ بعدمِ الاشتراكِ فيه ويُؤَيِّدُه ما مَرَّ من صحّةِ زَوَّجْتُك بنتي زَيْنَبَ، وليستْ له إلا بنتٌ اسمُها فاطِمةُ؛ لأنّ البنتيّةَ لا اشتراك فيها بخلافِ الاسمِ فإفتاءُ بعضِهم بعدمِ الوُقوعِ نَظَرًا للخطأ في الاسمِ غيرُ صحيحٍ نعم، قولُهم: البنتيّةُ لا اشتراك فيها مُرادُهم به البنتيّةُ المُضافةُ إليه وليس له إلا بنتٌ واحدةٌ فلا يُنافيه ما لو قال لأُمِّ زوجَته: بنتُك طالِقٌ وقَصَدَ بنتَها الثانيةَ فإنّه يُقْبَلُ أي نظيرُ ما تقرّر في إحداكُما.

(ولو قال لِزوجَتَيه: إحداكُما طالِقٌ وقَصَدَ مُعَيَّنةً) منهما (طَلَقت)؛ لأنّ اللّفْظَ صالِحٌ لِكلٍّ منهما (وإلا) يقصِدْ مُعَيَّنةً بل أطلَقَ أو قصَدَ مُبْهَمةً أو طلاقَهما مَعًا كما يأتي وصرّح به العبّاديُّ، وهو مُرادُ

فإحْداهما، ويَلْزَمُه البيانُ في الحالةِ الأولَى، والتَّعْيينُ في الثّانيةِ، وتُعْزَلانِ عنه إلى البيانِ أو التَّعْيينِ، وعليه البِدارُ بهما، ونَفَقَتُهما في الحالِ. وَيَقَعُ الطّلاقُ باللّفْظِ، وقيلَ إنْ لم يُعَيِّنْ، فَعندَ التَّعْيينِ، والوطْءُ ليس بَيانًا ولا تَعْيينًا، وقيلَ تَعْيينٌ، ولو قال ....

الإمامِ بقولِه: لا يَطْلُقانِ (فإحداهما) يقعُ عليها الطّلاقُ مع إبهامِها (ويلزمُه البيانُ في الحالةِ الأولى والتعيينُ في الثانيةِ) لِتُعْلَمَ المُطَلَّقة فيترَتَّبُ عليها أحكامُ الفِراقِ (ويُعْزَلانِ عنه إلى البيانِ أو التعيينِ) لاختلاطِ المُحَرَّمةِ بالمُباحةِ (وعليه البِدارُ بهما) أي بالبيانِ أو التعيينِ إنْ طلبتاه أو إحداهما لِرَفْعِ حَبْسِه المُفارَقة منهما فإنْ أخّرَ بلا عُذْرٍ أثِمَ وعُزِّرَ إن امتنع، وإنْ نازع فيه البُلْقينيُّ هذا في البائِنِ أمّا الرّجعيُّ فلا يجبُ فيه بَيانٌ، ولا تعيين ما بَقيَت العِدّةُ؛ لأنّ الرّجْعيّةَ زوجةٌ أمّا إذا لم يُطالِباه قال ابنُ الرِّفعةِ فلا وجهَ لإيجابه؛ لأنّه حَقُّهما وحَقُّ اللّه تعالى فيه الانعِزالَ، وقد أوجَبناه، وهو مُتَّجِه المُدْرَكِ لكن صريحُ كلامِهم خلافُه ويوَجَّه بأنّ بَقاءَهما عندَه رُبَّما أوقَعَه في محذورٍ لِتَشَوُّفِ نفسِ كلٍّ إلى الآخرِ نظيرَ ما مَرَّ في الصّداقِ في تعليمِ المُطَلَّقة قبلَ الدُّخولِ وعليه لو استمهَلَ أُمْهِلَ ثلاثةَ أيّامٍ على الأوجَه (و) عليه (نفقتُهما) وسائِرُ مُؤَنِهما (في الحالِ) فلا يُؤَخَّرُ إلى التعيينِ أو البيانِ لِحَبْسِهما عندَه حَبْسَ الزوجات، وإنْ لم يُقَصِّرْ في تأخيرِ ذلك، وإذا بَيَّنَ أو عَيَّنَ لم يستَرِدَّ منهما شيئًا وبِقولي فلا إلى آخِرِه عُلِمَ الجوابُ عن قولِ شارِحٍ لم أفْهَم ما أرادَ بالحالِ.

(ويقعُ الطّلاقُ) في قولِه: إحداكُما طالِقٌ (باللّفظِ) جَزْمًا إنْ عَيَّنَ، وعلى الأصحِّ إنْ لم يُعَيِّنْ (وقيلَ: إنْ لم يُعَيِّنْ فـ) لا يقعُ إلا (عندَ التعيينِ) وإلا لَوقع لا في مَحَلٍّ، ويُرَدُّ بمَنْعِ هذا التّلازُمِ، وإنّما اللّازِمُ وُقوعُه في مَحَلٍّ مُبْهَمٍ، وهو لا يُؤَثِّرُ؛ لأنّه إبهامٌ تُعْلَمُ عاقِبَتُه بالتعيينِ؛ لأنّه يتبَيَّنُ به أنّ لفظَ الإيقاعِ يُحْمَلُ عليه من حينِه ألا ترى أنّه لا يحتاجُ وقتَه لِلفظِ إيقاعٍ جَديدٍ، وتُعْتَبَرُ العِدّةُ من اللّفْظِ أيضًا إنْ قصدَ مُعَيَّنةً، وإلا فمن التعيينِ، ولا بِدْعَ في تأخُّرِ حُسبانِها عن وقت الحكم بالطّلاقِ ألا ترى أنّها تجبُ في النّكاحِ الفاسِدِ بالوطءِ، ولا تُحْسَبُ إلا من التّفريقِ فإنْ قُلْت: ما الفرقُ بين الوُقوعِ وبينها؟ قُلْت يُفَرَّقُ بأنّ الوُقوعَ لا يُنافي الإبهامَ المُطْلَقَ؛ لأنّه حكمُ الشرعِ بخلافِها فإنّها أمرٌ حِسّيٌّ، وهو لا يُمْكِنُ وُقوعُه مع ذلك الإبهامِ؛ لأنّ الطّلاقَ قبلَ التعيينِ لم يتوَجَّهْ لِواحدةٍ بخُصوصِها، ولا في نفسِ الأمرِ.

(والوطءُ ليس بَيانًا) لِلّتي قصدَها قطعًا؛ لأنّ الطّلاقَ لا يقعُ بالفعلِ فكذا بَيانُه فإنْ بَيَّنَ الطّلاقَ في الموطوءةِ حُدَّ في البائِنِ، ولَزِمَه المهرُ لِعُذْرِها بالجهْلِ أو في غيرِها قُبِلَ فإن ادَّعَت الموطوءةُ أنّه أرادَها حَلَفَ فإنْ نَكلَ وحَلَفت طَلَقَتا، وعليه المهرُ، ولا حَدَّ لِلشُّبْهةِ (ولا تعيينًا) للموطوءةِ لِلنّكاحِ لِما مَرَّ وكما لا تَحْصُلُ الرّجعةُ بالوطءِ، ويلزمُه المهرُ للموطوءةِ إذا عَيَّنَها لِلطّلاقِ (وقيلَ تعيينٌ) ونُقِلَ عن الأكثرين كوَطْءِ المبيعةِ زَمَنَ الخيارِ إجازةٌ أو فسخٌ وكوَطْءِ إحدَى أمَتَين قال لهما: إحداكُما حُرّةٌ وردّوه بأنّ ملك النّكاحِ لا يحصُلُ بالفعلِ فلا يُتَدارَكُ به بخلافِ ملكِ اليمينِ. (ولو قال) في الطّلاقِ

مُشيرًا إلى واحِدةٍ: هَذِه المُطَلَّقةُ فَبَيانٌ، أو أَرَدْت هَذِه وهذه أو هَذِه بل هَذِه حُكِمَ بطَلاقِهما، ولو ماتَتا أو إحْداهما قبلَ بَيانٍ وتَعْيينٍ بَقيَتْ مُطالَبَتُه لِبَيانِ الإرْثِ، ولو ماتَ فالأظْهَرُ قَبولُ بَيانِ وارِثِه لا تَعْيينِهِ. ولو قال: إنْ كان غُرابًا فامرأتي طالِقٌ وإلّا فَعبدي حُرٌّ وجُهِلَ مُنِعَ منهما إلى البيانِ، ....

المُعَيَّنِ كما أفادَه قولُه فبَيانٌ (مُشيرًا إلى واحدةٍ هذه المُطَلَّقة فبَيانٌ) لها أو هذه الزوجةُ فهو بَيانٌ لِغيرِها؛ لأنّه إخبارٌ عن إرادَته السّابِقة (أو) قال مُشيرًا إليهما (أرَدْت هذه وهذه أو هذه بل هذه) أو هذه مع هذه أو هذه وأشارَ لِواحدةٍ هذه وأشارَ للأخرى (حُكِمَ بطلاقِهما) ظاهرًا؛ لأنّه أقَرَّ بطلاقِ الأولى ثمّ بطلاقِ الثانيةِ فيُقْبَلُ إقرارُه لا رُجوعُه بذِكْرٍ بل تَغْليظًا عليه أمّا باطِنًا فالمُطَلَّقة المنْويّةُ فإنْ نَواهما لم يَطْلُقا بل إحداهما؛ لأنّ نيَّتَهما بإحداكُما لا يُعْمَلُ بها لِعدمِ احتمالِ لفظه لِما نَواه فبَقيَ على إبهامِه حتى يُبَيِّنَ ويُفَرَّقُ بين هذا وما مَرَّ في هذه مع هذه بأنّ ذاك من حيثُ الظّاهرُ فناسب التّغْليظَ عليه، وهذا من حيثُ الباطِنُ فعلِمْنا بقضيّةِ النّيّةِ الموافَقة لِلّفْظِ دون المُخالَفة له، وخرج بما ذكرَ هذه ثمّ هذه أو فهذه فتَطْلُقُ الأولى فقط لانفِصالِ الثانيةِ عنها، وهو مُرَجَّحٌ قويٌّ فلم ينظُرْ معه لِتَضَمُّنِ كلامِه لِلاعترافِ بهما أو هذه بعدَ هذه أو هذه قبلها هذه طَلَقت الثانيةُ فقط أو قال: هذه أو هذه استَمَرَّ الإبهامُ، وأمّا المُبْهَمُ فالمُطَلَّقة هي الأولى مُطْلَقًا؛ لأنّه إنْشاءُ اختيارٍ لا إخبارٌ وليس له اختيارُ أكثرَ من واحدةٍ.

(ولو ماتتا أو إحداهما قبلَ بَيانٍ وتعيينٍ) والطّلاقُ بائِنٌ (بَقيَتْ مُطالَبَتُه) أي المُطَلِّقِ بالبيانِ أو التعيينِ فهو مَصْدَرٌ مُضافٌ للمفعولِ، ويلزمُه ذلك فورًا (لِبَيانِ) حكمِ (الإرثِ)، وإنْ لم يَرِث إحداهما بتقديرِ الزوجيّةِ لِكونِها كِتابيّةً اتِّفاقًا في البيانِ ولأنّه قد ثَبَتَ في إحداهما يقينًا فيوقَفُ من مالِ كلٍّ أو الميّتةِ نصيبُ زوجٍ إنْ تَوارَثا فإذا بَيَّنَ أو عَيَّنَ لم يَرِث من مُطَلَّقة بائِنًا بل من الأخرى نعم، إنْ نازعه ورَثَتُها ونكلَ عن اليمينِ حَلَفوا، ولم يَرِث.

(ولو مات) الزوجُ قبلَ البيانِ أو التعيينِ سواءٌ ماتتا قبله أم بعدَه أم إحداهما قبله والأخرى بعدَه أو لم تَمُتْ واحدةٌ منهما أم ماتتْ إحداهما دون الأخرى (فالأظهرُ قبولُ بيانِ وارِثِه)؛ لأنّه إخبارٌ يُمْكِنُ وُقوفُ الوارِثِ عليه بخبرٍ أو قرينةٍ (لا) قبولُ (تعيينِه)؛ لأنّه اختيارُ شهوةٍ فلا دَخْلَ للوارِثِ فيه هذا ما مَشَيا عليه هنا، والذي اقتضاه كلامُهما في الروضةِ وأصلِها أنّه يقومُ مَقامَه في التعيينِ أيضًا وفَصَّلَ القفّالُ فقال إنْ مات قبلَهما لم يُعَيِّنْ وارِثُه، ولم يُبَيِّنْ إذ لا غَرَضَ له في ذلك؛ لأنّ ميراثَ زوجةٍ من رُبْعٍ أو ثُمُنٍ يوقَفُ بكلِّ حالٍ إلى الصُّلْحِ خَلَّفَ زوجةً أو أكثرَ أو بعدَهما أو بينهما قُبِلَ؛ لأنّه قد يكونُ له غَرَضٌ في تعيينِ إحداهما لِلطّلاقِ وفيما إذا كانت إحداهما كِتابيّةً والأخرى والزوجُ مسلمَين وأُبْهِمت المُطَلَّقة لا إرْثَ.

(ولو قال إنْ كان) ذا الطّائِرُ (غُرابًا فامرَأتي طالِقٌ، وإلا) يكن غُرابًا (فعَبْدي حُرٌّ وجَهِلَ) حالَ الطّائِرِ وقَعَ إحداهما مُبْهَمًا وحينئذٍ (مُنِعَ منهما) أي من استخْدامِه والتّصرُّفِ فيه، ومن التّمتُّعِ بها (إلى البيانِ)

فإنْ ماتَ لم يُقْبل بَيانُ الوارِثِ على المذْهَبِ، بل يُقْرِعُ بين العبْدِ والمرْأةِ، فإنْ قَرَعَ عَتَقَ، أو قَرَعَتْ لم تَطْلُقْ، والأَصَحُّ أنّه لا يَرِقُّ.

فَصْلٌ

الطّلاقُ: سُنّيٌ وبِدْعيٌّ، ....

للعلم بزَوالِ ملكِه عن أحدِهما، وعليه نفقتُهما إلى البيانِ، ولا يُوَجِّرُه الحاكِمُ وإذا قال حَنِثت في الطّلاقِ طَلَقت ثمّ إنْ صَدَّقَه فذاك، ولا يَمين عليه، وإنْ كذَّبه وادَّعى العتقَ حَلَفَ السّيِّدُ فإنْ نَكلَ حَلَفَ العبدُ، وحُكِمَ بعتقِه أو في العتقِ عَتَقَ ثمّ إنْ صَدَّقته فكما مَرَّ، وإنْ كذَّبَته ونَكلَ حَلَفت وحُكِمَ بطلاقِها (فإنْ ماتَ لم يُقبل بَيانُ الوارِثِ على المذهبِ) أنّها المُطَلَّقة حتى يسقُطَ إرْثُها، ويُرَقُّ العبدُ؛ لأنّه مُتَّهَمٌ في ذلك، ومن ثَمَّ لو عَكسَ قُبِلَ قطعًا لإضرارِه بنفسِه ونازع فيه الإسنَويُّ وأطالَ نَقلًا بما يَرُدُّه أنّ مَنْ حَفِظَ ومعنى بما يَرُدُّه أنّ إضرارَه لِنفسِه هو الغالِبُ فلا نَظَرَ إلى تَصَوُّرِ أنّه قد لا يَضُرُّه، وبحث البُلْقينيُّ أخذًا من العِلّةِ تقييدَه بما إذا لم يكن على الميِّت دَيْنٌ، وإلا أُقْرِعَ نَظَرًا لِحَقِّ العبدِ في العتقِ والميِّت في الرِّقِّ ليوَفّى منه دَيْنُه فإنْ قُلْت: لِمَ نَظَروا هنا إلى التُّهْمةِ كما ذُكِرَ، ولم ينظُروا إليها في بعضِ ما شَمِله قولُه فالأظهرُ قبولُ بَيانِ وارِثِه؟ قُلْت لأنّها هنا أظهرُ باعتبارِ ظُهورِ نفعِه في كلٍّ من الطّرَفَين المُتَغايِرَين، وأيضًا فهنا طَريقٌ يُمْكِنُ التّوَصُّلُ به إلى الحقِّ، وهو القُرعةُ فمُنِعَ غيرُه مع التُّهْمةِ، ولا كذلك ثَمَّ (بل يُقْرَعُ بين العبدِ والمرأةِ) رَجاءَ خُروجِ القُرعةِ للعبدِ لِتأثيرِها في العتقِ، وإنْ لم تُؤَثِّرْ في الطّلاقِ كما تُقبَلُ شَهادةُ رجلٍ وامرَأتَين في السّرِقة للمالِ دون القطعِ (فإنْ قَرِعَ) أي خرجت القُرعةُ له (عَتَقَ) من رَأسِ المالِ إنْ عَلَّقَ في الصِّحّةِ، وإلا فمن الثُّلُثِ إذْ هو فائِدةُ القُرعةِ وتَرِثُ هي إلا إذا صُدِّقت على أنّ الحِنْثَ فيها، وهي بائِنٌ (أو قُرِعَتْ لم تطْلُقْ) إذْ لا مَدْخَلَ للقُرعةِ في الطّلاقِ، وإنّما دخلتْ في العتقِ لِلنّصِّ لكن الورَعُ أنْ تَترُكَ الإرثَ (والأصحُ أنّه لا يَرِقُّ) بفتحٍ فكسرٍ كما بخَطِّه؛ لأنّ القُرعةَ لم تُؤَثِّرْ فيما خرجتْ عليه ففي غيرِه أولى فيبقى الإبهامُ كما كان، ولا يتصَرَّفُ الوارِثُ فيه خلافًا للعِراقيِّين قال صاحِبُ المُعينِ: ومَحَلُّ الخلافِ في الظّاهرِ أمّا في الباطِنِ فيملكُ التّصرُّفَ فيه قطعًا، وفي غيرِ نصيبِ الزوجةِ منه أمّا نصيبُها فلا يملكُه قطعًا.

فصل في بَيانِ الطّلاقِ السُّنّيِّ والبِدْعيِّ

(الطّلاقُ سُنّيٌ)، وهو الجائِزُ (وبِدْعيٌّ)، وهو الحرامُ فلا واسِطةَ بينهما على أحدِ الاصطِلاحَين المشهورُ خلافُه فعليه طلاقُ الحكمَين إذا رَأياه ومولٍ، أو حاكِمٍ عليه بعدَ مُطالَبَتها به لِوجوبه حينئذٍ، ولو في الحيضِ لكن بَحَثا في المولي بأنّه المُلْجِئُ لها إلى الطّلَبِ مع تَمَكُّنِه من الفيْئةِ وطلاقُ مُتَحَيِّرةٍ إذْ لم يقعْ في طُهْرٍ مُحقَّقٍ، ولا حيضٍ مُحقَّقٍ، ومختَلِعةٌ في نحوِ حيضٍ ومُعَلِّقٍ طلاقَها بصِفة وُجِدَتْ فيه كما يأتي وصَغيرةٍ وآيِسةٍ وغيرِ موطوءةٍ، ومَنْ ظهر حملُها منه بنِكاحٍ أو شُبهةٍ لا سُنّةَ فيه، ولا

ويَحْرُمُ البِدْعيُّ، وهو ضَرْبانِ: طَلاقٌ في حَيْضٍ ممسوسةٍ، وقيلَ إنْ سألَتْه لم يَحْرُم، ويَجوزُ خُلْعُها فيه لا أجْنَبيٌّ في الأصَحّ، ولو قال أنْتِ طالِقٌ مع آخِرِ حَيْضِك فَسُنّيٌّ في الأصَحّ، أو مع آخِرِ طُهْرٍ لم يَطأْها فيه فَبِدْعيٌّ على المذْهَبِ. وَطَلاقٌ في طُهْرٍ وطِئَ فيه مَنْ قد تَحْبلُ ولم يَظْهَرْ حَملٌ ....

بِدْعةَ (ويحرُمُ البِدْعيُّ) لإضرارِها أو إضرارِه أو الولدِ به كما يأتي (وهو ضَرْبانِ) أحدُهما (طلاقٌ) مُنَجَّزٌ، وإنْ سبقَه طلاقٌ في طُهْرٍ قبله (في حيضٍ) أو نِفاسٍ ممسوسةٍ أي موطوءةٍ ولو في الدُّبُرِ أو مُستَدْخِلةٍ ماءَه المُحْتَرَمَ، وقد علم ذلك إجماعًا ولِخبرِ ابنِ عمرَ الآتي ولِتَضرُّرِها بطولِ العِدّةِ؛ إذْ بَقيّةُ دَمِها لا تُحْسَبُ منها، ومن ثَمَّ لا يحرُمُ في حيضِ حامِلٍ عِدَّتُها بالوضعِ وبحث الأذرَعيُّ حِلَّه في أمةٍ قال لها سيِّدُها إنْ طَلَّقَك الزوجُ اليومَ فأنت حُرَّةٌ فسألَتْ زوجَها فيه لأجلِ العتقِ فطَلَّقَها؛ لأنّ دَوامَ الرِّقِّ أضرُّ بها من تَطْويلِ العِدّةِ، وقد لا يسمَحُ به السّيِّدُ بعدُ أو يَموتُ وكالمُنَجَّزِ مُعَلَّقٌ بما يوجَدُ زَمَنَ البِدْعةِ قطعًا أو يوجَدُ فيه باختيارِه بخلافِ مُعَلَّقٍ قبله أو فيه بما لا يُعْلَمُ وجودُه فيه فوُجِدَ فيه لا باختيارِه فلا إثمَ فيه لكن يترَتَّبُ عليه حكمُ البِدْعيِّ من نَدْبِ الرّجعةِ وغيرِه.

(وقيلَ: إنْ سألَتْه لم يحرُم) لِرِضاها بالتّطْويلِ والأصحُّ التحريمُ؛ لأنّها قد تَسألُه كاذِبةً كما هو شأنُهُنّ، ومن ثَمَّ لو تَحَقَّقت رَغْبَتُها فيه لم يحرُم كما قال (ويَجوزُ خُلْعُها فيه) أي الحيضِ بعِوَضٍ منها؛ لأنّ بَذْلَها المالَ يُشْعِرُ باضطرارِها للفِراقِ حالاً، ومن ثَمَّ لم يُلْحِقْ بخُلْعِها خُلْعَ الأجنَبيِّ كما قال (لا) خُلْعُ (أجنبيٍّ في الأصحّ)؛ لأنّ خُلْعَه لا يقتضي اضْطِرارَها إليه. (ولو قال: أنت طالِقٌ مع) أو في أو عندَ مثلاً (آخِرِ حيضِك) أو قارَنَ آخِرُ صيغةِ طلاقِه آخِرَه (فسُنّيٌّ في الأصحّ) لاستعقابه الشُّروعَ في العِدّةِ (أو) أنت طالِقٌ (مع) ومثلُها ما ذكرَ (آخِرِ طُهْرٍ) عَيّنَه كما دَلّ عليه قولُه (لم يَطأْها فيه فبِدْعيٌّ على المذهبِ)؛ لأنّه لا يستعقِبُ العِدّةَ.

(و) ثانيهما (طلاقٌ في طُهْرٍ وُطِئَ فيه) ولو في الدُّبُرِ بناءً على إمكانِ العُلوقِ منه وكالوطءِ استدخالُ المنيِّ المُحْتَرَمِ إنْ علمه نظيرَ ما مَرَّ (مَنْ قد تَحْبَلُ) لِعدمِ صِغَرِها ويأسِها (ولم يظهرْ حملٌ) لِقولِه ﷺ في خبرِ ابنِ عمرَ الآتي: «قبلَ أنْ يُجامِعَ»[1] ولأنّه قد يشتَدُّ نَدَمُه إذا ظهر حملٌ فإنّ الإنسانَ قد يسمَحُ بطلاقِ الحائِلِ لا الحامِلِ، وقد لا يتيَسَّرُ له رَدُّها فيتضرَّرُ هو والولدُ، ومن البِدْعيِّ أيضًا طلاقُ مَنْ لها عليه قسمٌ قبلَ وفائِها أو استِرْضائِها وبحث ابنُ الرِّفعةِ أنّ سُؤالَها هنا مُبيحٌ ووافَقَه الأذرَعيُّ بل بحث القطعَ به وتَبِعَه الزّركشيُّ لِتَضَمُّنِه الرِّضا بإسقاطِ حَقِّها وليس هنا تَطْويلُ عِدّةٍ، ومنه أيضًا ما لو نكحَ حامِلاً من زِنًا ووَطِئَها؛ لأنّها لا تَشْرَعُ في العِدّةِ إلا بعدَ الوضعِ ففيه تَطْويلٌ عَظيمٌ عليها كذا قالاه هنا ومَحلُّه فيمَنْ لم تَحِضْ حامِلاً كما هو الغالِبُ أمّا مَنْ تَحيضُ حامِلاً فتنقضي عِدَّتُها بالأقراءِ كما ذكراه

(١) [صحيح] وهو جزء من حديث أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٥٠٢٢]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٧١]، وغيرهما من حديث: ابن عمر رضي الله عنه.

فلو وطِئَ حائِضًا فَطَلَّقَها فَبِدْعِيٌّ في الأَصَحِّ، ويَحِلُّ خُلْعُها، وطَلاقُ مَنْ ظَهَرَ حَملُها.
وَمَنْ طَلَّقَ بدْعيًا سُنّ له الرّجْعةُ، ثم إنْ شاءَ طَلَّقَ بعد طُهْرٍ.

في العِدَدِ فلا يحرُمُ طلاقُها في طُهْرٍ لم يَطَأها فيه إذْ لا تَطْويلَ حينئذٍ فاندَفع ما أطالَ به في التوشيحِ من الاعتراضِ عليهما ثمّ فرضُهم ذلك فيمَنْ نَكحَها حامِلًا من زِنًا قد يُؤخَذُ منه أنّها لو زَنَتْ هي في نِكاحِه فحَمَلَتْ جازَ له طلاقُها، وإنْ طالَتْ عِدَّتُها لِعدم صَبْرِ النّفسِ على عِشْرَتِها حينئذٍ، وهو مُحْتَمَلٌ بل ظاهرٌ ولو وُطِئَتْ زوجَتُه بشُبهةٍ فحَمَلَتْ حَرُمَ طلاقُها حامِلًا مُطْلَقًا لِتأخُرِ الشُّروعِ في العِدّةِ، وكذا لو لم تَحْمِلْ وشَرَعَتْ في عِدَةِ الشُّبهةِ ثمّ طَلَّقَها وقَدَّمْنا عِدّةَ الشُّبْهةِ على الضّعيفِ.

(فلو وطِئَ حائِضًا وطَهُرَتْ فطلَّقَها) من غيرِ وطْئِها طاهرًا (فبِدْعيٌّ في الأصحّ) لاحتمالِ عُلوقِها من ذلك الوطءِ، وبَقيّةُ الحيضِ مِمّا دفعتْه الطّبيعةُ وبِما تقرّر عُلِمَ أنّ البِدْعيَّ على الاصطِلاحِ الأوّلِ أنْ يُطَلِّقَ حامِلًا من زِنًا لا تَحيضُ أو من شُبهةٍ أو يُعَلِّقَ طلاقَها بمُضيٍّ بعضِ نحوِ حيضٍ أو بآخِرِ طُهْرٍ أو يُطَلِّقَها مع آخِرِه أو في نحوِ حيضٍ قبلَ آخِرِه أو يُطَلِّقَها في طُهْرٍ وطِئَها فيه أو يُعَلِّقَ طلاقَها بمُضيٍّ بعضِه أو وطِئَها في حيضٍ أو نِفاسٍ قبله أو في نحوِ حيضٍ قبله ولا في نحوِ حيضٍ طَلَّقَ مع آخِرِه أو عَلَّقَ به والسُّنّيُّ طلاقُ موطوءةٍ ونحوِها تعتَدُّ بأقراءٍ تبتَدِئُها عَقِبَه لِحيالِها أو حملِها من زِنًا، وهي تَحيضُ وطَلَّقَها مع آخِرِ نحوِ حيضٍ أو في طُهْرٍ قبلَ آخِرِه أو عَلَّقَ طلاقَها بمُضيٍّ بعضِه أو بآخِرِ نحوِ حيضٍ، ولم يَطَأها في طُهْرٍ طَلَّقَها فيه أو عَلَّقَ طلاقَها بمُضيٍّ بعضِه، ولا وطِئَها في نحوِ حيضٍ طَلَّقَ مع آخِرِه أو عَلَّقَ بآخِرِه (ويَحِلُّ خُلعُها) نظيرُ ما مَرَّ في الحائِضِ وقيلَ يحرُمُ؛ لأنّ المنْعَ هنا لِرعايةِ الولدِ فلم يُؤَثِّرْ فيه الرِّضا بخلافِه ثَمَّ ويُجابُ بأنّ الحرمةَ هنا ليستْ لِرعايةِ الولدِ وحدَها بل العِلّةُ مُرَكّبةٌ من ذلك مع نَدَمِه وبأخذِه العِوَضَ تَتأكَّدُ داعيةُ الفِراقِ، ويَبْعُدُ احتمالُ النّدَمِ، وبه يُعْلَمُ أنّه لا فرقَ هنا بين خُلْعِ الأجنَبيِّ وغيرِه (و) يَحِلُّ (طلاقُ مَنْ ظهر حملُها) لِزَوالِ النّدَمِ.

(تنبيهٌ) وقَعَ تَرَدُّدٌ في طلاقِ وكيلٍ بِدْعيًا لم يَنُصَّ له عليه والوجه وِفاقًا لِجمعٍ منهم البُلْقينيُّ وُقوعُه كما يقعُ من موَكِّلِه.

(ومَنْ طَلَّقَ بدعيًا سُنّ له) ما بَقيَ الحيضُ الذي طَلَّقَ فيه أو الطُّهْرُ الذي طَلَّقَ فيه والحيضُ الذي بعدَه لا فيما بعدَ ذلك لانتقالِها إلى حالةٍ يَحِلُّ طلاقُها فيها (الرّجعةُ) ويُكْرَه تركُها كما بحثه في الروضةِ ويُؤَيِّدُه ما مَرَّ أنّ الخلافَ في الوجوبِ يقومُ مَقامَ النّهيِ عن التّركِ كغُسلِ الجُمُعةِ ومَرَّ في القَسَمِ أنّ مَنْ طَلَّقَ مَظلومةً فيه لا تَلْزَمُه إعادَتُها للقَضاءِ لها، وقد يشمَلُها المتنُ (ثمّ إنْ شاءَ طَلَّقَ بعدَ طُهْرٍ) لِخبرِ الصّحيحَين أنّ ابنَ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا طَلَّقَ امرأتَه حائِضًا فقال ﷺ لِعمرَ: «مُرْه فلْيُراجِعْها ثمّ لِيُمسِكْها حتى تَطْهُرَ ثمّ تَحيضَ ثمّ تَطْهُرَ فإنْ شاءَ أمسَكها، وإنْ شاءَ طَلَّقَها قبلَ أنْ يُجامِعَ فتلك العِدّةُ التي أمَرَ اللّه أنْ تُطلَّقَ لها النّساءُ»[1] وأُلْحِقَ به الطّلاقُ في الطُّهْرِ، ولم تجب الرّجعةُ؛ لأنّ الأمرَ بالأمرِ بالشيءِ ليس

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه في الذي قبله.

ولو قال لِحائِضٍ أنْتِ طالِقٌ للبِدْعةِ وقَعَ في الحالِ أو لِلسُّنّةِ فَحينَ تَطْهُرُ.
أو لِمَنْ في طُهْرٍ لم تُمَسَّ فيه أنْت طالِقٌ لِلسُّنّةِ وقَعَ في الحالِ، وإنْ مُسَّتْ فيه فَحينَ تَطْهُرُ بعد حَيْضٍ، أو للبِدْعةِ فَفي الحالِ إنْ مُسَّتْ فيه، وإلّا فَحينَ تَحيضُ.
ولو قال: أنْتِ طالِقٌ طَلْقةً حَسَنةً أو أحْسَنَ الطّلاقِ أو أجْمَلَه ....

أمرًا بذلك الشيءِ وليس في فلْيُراجِعْها أمرٌ لابنِ عمرَ؛ لأنّه تفريعٌ على أمرِ عمرَ فالمعنى فلْيُراجِعْها لأجلِ أمرِك لِكونِك والِدَه، واستفادةُ النّدْبِ منه حينئذٍ إنّما هي من القرينةِ، وإذا راجَعَ ارتَفع الإثمُ المُتعلِّقُ بحقِّها؛ لأنّ الرّجعةَ قاطِعةٌ لِلضَّرَرِ من أصلِه فكانتْ بمنزلةِ التوبةِ ترفَعُ أصلَ المعصيةِ، وبه فارَقَ دَفْنَ البُصاقِ في المسجِدِ فإنّه قاطِعٌ لِدَوامِ ضَرَرِه لا لأصلِه لأنّ تَلْويثَ المسجِدِ به قد حَصَلَ وبهذا الذي ذكرْته يندَفِعُ ما قيلَ رَفْعُ الرّجعةِ لِلتَّحْريمِ كالتوبةِ يَدُلُّ على وجوبِها إذْ كونُ الشيءِ بمنزلةِ الواجبِ في خُصوصيّةٍ من خُصوصيّاته لا يقتضي وجوبَه، وقضيّةُ المتنِ حُصولُ المقصودِ بطلاقِها عَقِبَ الحيضِ الذي طَلَّقَها فيه قبلَ أنْ يَطَأها لارتفاعِ أضْرارِ التّطْويلِ، والخبرُ أنّه يُمْسِكُها حتى تَطْهُرَ ثمّ تَحيضَ ثمّ تَطْهُرَ ليتمكَّنَ من التّمتُّعِ بها في الطُّهْرِ الأوّلِ ثمّ يُطَلِّقَ في الثاني ولِئَلّا يكونَ القصْدُ من الرّجعةِ مُجَرَّدَ الطّلاقِ وكما يُنْهى عن نِكاحٍ قصَدَ به ذلك فكذلك الرّجعةُ، ولا تَنافيَ؛ لأنّ الأوّلَ لِبَيانِ حُصولِ أصلِ الاستحْبابِ والثاني لِبَيانِ حُصولِ كمالِه.

(ولو قال لِحائِضٍ) ممسوسةٍ أو نُفَساءَ **(أنت طالِقٌ للبِدْعةِ)** أو للحَرَجِ أو طلاقَ البِدْعةِ أو الحرَجِ **(وقَعَ في الحالِ)** لِوجودِ الصِّفة **(أو)** أنت طالِقٌ **(لِلسُّنّةِ فـ)** لا يقعُ إلا **(حينَ تَطْهُرُ)** فيقعُ عَقِبَ انقطاعِ دَمِها ما لم يَطَأْ فيه فحتى تَحيضَ ثمّ تَطْهُرَ. **(أو)** قال **(لِمَنْ)** أي لِموطوءةٍ **(في طُهْرٍ لم تُمَسَّ فيه)** ولا في حيضٍ قبله **(أنت طالِقٌ لِلسُّنّةِ وقَعَ في الحالِ)** لِوجودِ الصِّفة ومَسُّ أجنَبيٍّ بشُبهةٍ حَمَلَتْ منه كمَسِّه لِما مَرَّ أنّه بِدْعيٌّ **(وإنْ مَسَّتْ)** أو استَدْخَلَتْ ماءَه **(فـ)** لا يقعُ إلا **(حين تَطْهُرُ بعدَ حيضٍ)** لِشُروعِها حينئذٍ في حالةِ السُّنّةِ **(أو)** قال لها: أنت طالِقٌ **(للبِدْعةِ فـ)** يقعُ **(في الحالِ إنْ مُسَّتْ)** أو استَدْخَلَتْ ماءَه **(فيه)** أو في حيضٍ قبله، ولم يظهرْ حملُها لِوجودِ الصِّفة **(وإلا)** تُمَسَّ فيه، ولا استَدْخَلَتْ ماءَه، وهي مَدْخولٌ بها **(فـ)** لا يقعُ إلا **(حين تَحيضُ)** أي بمُجَرَّدِ ظُهورِ دَمِها ثمّ إن انقَطَعَ قبلَ أقَلِّه بانَ أنْ لا طلاقَ وذلك لِدخولِها في زَمَنِ البِدْعةِ نعم، إنْ وطِئَها بعدَ التعليقِ في ذلك الطُّهْرِ وقَعَ بتَغْييبِ الحشَفة فيلزمُه النّزْعُ فوْرًا، وإلا فلا حَدَّ، ولا مهرَ إنْ كان الطّلاقُ بائِنًا؛ لأنّ استدامةَ الوطءِ ليستْ وطْئًا، وكذا لو وطِئَها غيرُه بشُبهةٍ لِما مَرَّ فيها، هذا كلُّه فيمَنْ لها سُنّةٌ وبِدْعةٌ إذِ اللّامُ فيها ككلِّ ما يتكرَّرُ، ويَتعاقَبُ وينتَظِرُ لِلتّأقيت أمّا مَنْ لا سُنّةَ لها، ولا بدْعةَ فيقعُ حالاً؛ لأنّ اللّامَ فيها لِلتعليلِ، وهو لا يقتضي حُصولَ المُعَلَّلِ به، ومن ثَمَّ وقَعَ حالاً في أنت طالِقٌ لِرِضا زَيْدٍ أو قُدومِه، وإنْ كرِهَ أو لم يقدَمْ.

(ولو قال) ولا نيّةَ له **(أنت طالِقٌ طَلْقةً حَسَنةً أو أحسَنَ الطّلاقِ أو أجمَله)** أو أفْضَله أو أكمَله أو أعدَله

فَكالسُّنّةِ، أو طَلْقَةً قَبيحةً أو أَقْبَحَ الطّلاقِ أو أَفْحَشَه فَكالبِدْعةِ، أو سُنّيّةً بِدْعيّةً أو حَسَنةً قَبيحةً وقَعَ في الحالِ. وَلا يَحْرُمُ جَمعُ الطَّلْقاتِ.

ونحوَ ذلك (فك) قولِه أنت طالِقٌ (لِلسُّنّةِ) فيما مَرَّ فلا يقعُ في حالِ بدْعةٍ؛ لأنّ الأولى بالمدْحِ ما وافَقَ الشرعَ أمّا إذا قال: أرَدْت البِدْعةَ ونحوَ حَسَنةٍ لِنحوِ سوءِ خُلُقِها فيُقبَلُ إنْ كان زَمَنَ بدْعةٍ؛ لأنّه غَلَّظَ على نفسِه لا زَمَنَ سُنّةٍ بل يُدَيَّنُ وفارَقَ إلغاءَ نيّتِه الوُقوعُ حالاً في قولِه لِذات بدْعةٍ طلاقًا سُنّيًّا ولِذات سُنّةٍ طلاقًا بدْعيًّا بأنّ نيّتَه هنا لا توافِقُ لفظَه، ولا بتأويلٍ بَعيدٍ أي؛ لأنّ السُّنّيَّ والبِدْعيَّ لهما حَقيقة شرعيّةٌ فلم يُمكِنْ صَرْفُهما عنها بها فلَغَتْ لِضَعفِها بخلافِ نيّتِه فيما نحن فيه فإنّها توافِقُه؛ لأنّ البِدْعيَّ قد يكونُ حَسَنًا وكامِلاً مثلاً لِوَصْفٍ آخرَ كسوءِ خُلُقِها.

(أو) قال لها: ولا نيّةَ له أنت طالِقٌ (طَلْقة قبيحةً أو أقبَحَ الطّلاقِ أو أفحَشَه) أو أسمَجَه؛ إذِ السّمِجُ القبيحُ ونحوَ ذلك (فك) قولِه لها: أنت طالِقٌ (للبِدْعةِ) فيما مَرَّ؛ لأنّ الأولى بالذّمِّ ما خالف الشرعَ أمّا لو قال: وهي في زَمَنِ سُنّةٍ أرَدْت قُبْحَه لِنحوِ حُسنِ عِشْرَتِها فيقعُ حالاً؛ لأنّه غَلَّظَ على نفسِه أو في زَمَنِ بدْعةٍ أرَدْت أنّ طلاقَ مثلِ هذه في السُّنّةِ أقبَحُ فقَصَدْت وُقوعَه حالَ السُّنّةِ دُيِّنَ. (أو) قال ولا نيّةَ له لِذات سُنّةٍ وبِدْعةٍ: أنت طالِقٌ طَلْقة (سُنّيةً بدْعيّةً أو حَسَنةً قبيحةً وقَعَ في الحالِ) لِتَضادِّ الوصْفَين فأُلْغيا، وبَقيَ أصلُ الطّلاقِ وقيلَ: لأنّ أحدَهما واقعٌ لا مَحالةَ فلو قال ذلك لِمَنْ لا سُنّةَ لها، ولا بدْعةَ وقَعَ على الأوّلِ حالاً دون الثاني أمّا لو قال: أرَدْت حُسنَها من حيثُ الوقتُ وقُبْحَها من حيثُ العددُ فإنّه ثلاثٌ أو عكسَه قُبِلَ، وإنْ تأخَّرَ الوُقوعُ في الأولى؛ لأنّ ضَرَرَ وُقوعِ العددِ أكثرُ من فائِدةِ تأخيرِ الوُقوعِ، ولو قال: ولا نيّةَ له ثلاثًا بعضُهُنّ لِلسُّنّةِ وبعضُهُنّ للبِدْعةِ اقتضى التّشْطيرَ فيقعُ ثِنْتانِ حالاً، والثالِثةُ في الحالةِ الأخرى فإنْ أرادَ غيرَ ذلك عُمِلَ به ما لم يُرِدْ طَلْقة حالاً وثِنْتَين في المُستقبَلِ فإنّه يُدَيَّنُ.

(ولا يحرُمُ جمعُ الطّلَقات) الثلاثِ لأنّ (عوَيْمِرَ العجْلانيُّ لَمّا لاعَنَ امرَأتَه طَلَّقَها ثلاثًا قبلَ أنْ يُخْبِرَه ﷺ بحرمَتِها عليه) رَواه الشيخانِ فلو حَرُمَ لَنَهاه عنه؛ لأنّه أوقَعَه مُعتَقِدًا بَقاءَ الزوجيّةِ، ومع اعتقادِها يحرُمُ الجمعُ عندَ المُخالِفِ، ومع الحرمةِ يجبُ الإنكارُ على العالِمِ، وتعليمُ الجاهِلِ، ولم يوجَدا فدَلَّ على أنْ لا حرمةَ، وقد فعله جمعٌ من الصّحابةِ وأفتى به آخرونَ، وقيلَ: يحرُمُ ذلك أمّا وُقوعُهُنّ مُعلَّقة كانت أو مُنَجّزةً فلا خلافَ فيه يُعْتَدُّ به، وقد شَنَّعَ أئِمّةُ المذاهِبِ على مَنْ خالف فيه، وقالوا: اختارَه من المُتأخِّرين مَنْ لا يُعْبأُ به فأفتى به واقتدَى به مَنْ أضَلَّه اللّه وخَذَله، وأمّا خبرُ مسلم عن ابنِ عَبّاسٍ (كان الطّلاقُ الثلاثُ على عَهْدِ رَسولِ اللّه ﷺ وأبي بكرٍ وسَنَتَين من خلافة عمرَ واحدةً ثمّ قال: قال عمرُ: إنّ النّاسَ قد استعجَلوا ما كانوا فيه على أناةٍ فلو أمضَيْناه عليهم فأمْضاه عليهم) فجوابُه أنّه فيمَنْ يُفَرِّقُ اللّفظَ فكانوا أوّلاً يُصَدَّقون في إرادةِ التّأكيدِ لِديانَتهم فلَمّا كثُرَت الأخلاطُ فيهم اقتضت المصْلَحةُ عدمَ تصديقِهم وإيقاعَ الثلاثِ عليهم قال السُّبْكيُّ كالمُصَنِّفِ هذا

ولو قال أنْتِ طالِقٌ ثَلاثًا أو ثَلاثًا لِلسُّنّةِ، وفَسَّرَ بتَفريقِها على أقْراءٍ لم يُقْبل إلّا مِمَّنْ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَ الجمعِ، والأَصَحُّ أنّه يُدَيَّنُ، ....

أحسَنُ الأجوبةِ انتهى، وهو عجيبٌ. فإنّ صريحَ مذهبِنا تصديقُ مُريدِ التّأكيدِ بشرطِه، وإنْ بَلَغَ في الفِسقِ ما بَلَغَ بل قال بعضُ المُحقِّقين: أحسَنُها أنّهم كانوا يعتادونَه طَلْقة ثمّ في زَمَنِ عمرَ استعجَلوا وصاروا يوقِعونَه ثلاثًا فعامَلَهم بقضيّته، وأوقَعَ الثلاثَ عليهم فهو إخبارٌ عن اختلافِ عادةِ النّاسِ لا عن تَغيُّرِ حكمٍ في مسألةٍ واحدةٍ انتهى.

وأنتَ خَبيرٌ بعدمِ مُطابَقَته لِلظّاهرِ المُتَبادَرِ من كلامِ عمرَ لا سيّما مع قولِ ابنِ عَبّاسٍ الثلاثُ إلى آخِرِه فهو تأويلٌ بَعيدٌ لا جوابٌ حَسَنٌ فضلًا عن كونِه أحسَنَ، والأحسَنُ عندي أنْ يُجابَ بأنّ عمرَ لَمّا استَشارَ النّاسَ علم فيه ناسِخًا لِما وقَعَ قبلُ فعمِلَ بقضيّته، وذلك النّاسِخُ إمّا خبرٌ بَلَغَه أو إجماعٌ، وهو لا يكونُ إلا عن نصٍّ، ومن ثَمَّ أطبَقَ عُلَماءُ الأمةِ عليه، وإخبارُ ابنِ عَبّاسٍ لِبَيانِ أنّ النّاسِخَ إنّما عُرِفَ بعدَ مُضيِّ مُدّةٍ من وفاته ﷺ قال السُّبْكيُّ وابتَدَعَ بعضُ أهلِ زَمَنِنا أي ابنُ تَيْمِيّةَ، ومن ثَمَّ قال العِزُّ بنُ جَماعةَ: إنّه ضالٌّ مُضِلٌّ فقال: إنْ كان التعليقُ بالطّلاقِ على وجه اليمينِ لم يجبْ به إلا كفّارةُ يَمينٍ، ولم يَقُلْ بذلك أحدٌ من الأُمّةِ، ومع عدمِ حرمةِ ذلك هو خلافُ الأولى من التّفريقِ على الأقراءِ أو الأشهرِ لِيُمْكِنَ تَدارُكُ نَدَمِه إنْ وقَعَ برَجْعةٍ أو تجديدٍ وخرج بقولِنا: الثلاثُ ما لو أوقَعَ أربَعًا فإنّه يحرُمُ كما هو ظاهرُ كلامِ ابنِ الرِّفعةِ ومِمّا يُصَرِّحُ به قولُ الرّويانيِّ إنّه يُعَزَّرُ واعتمده الزّركشيُّ وغيرُه ويوَجَّه بأنّه تعاطَى نحوَ عقدٍ فاسِدٍ، وهو حرامٌ كما مَرَّ ونوزِعَ في ذلك بما فيه نَظَرٌ.

(ولو قال: أنت طالِقٌ ثلاثًا) واقتصرَ عليه (أو ثلاثًا لِلسُّنّةِ وفَسَّرَ) في الصّورَتَين (بتفريقِها على أقراءٍ لم يُقبل) ظاهرًا؛ لأنّه خلافُ ظاهرِ لفظه من وُقوعِهِنّ دَفْعةً في الأولى، وكذا في الثانيةِ إنْ كانت طاهرًا وإلا فحين تَطْهُرُ، وعندَنا لا سُنّةَ في التّفريقِ (إلا مِمَّنْ يعتقدُ تَحريمَ الجمعِ) أي جمعِ الثلاثِ في قُرءٍ واحدٍ كالمالكيِّ فإذا رَفع لِشافعيٍّ قَبِله ظاهرًا في كلٍّ من تَينك الصّورَتَين خلافًا لِمَنْ خَصَّه بالثانيةِ؛ لأنّ ظاهرَ حالِه أنّه لا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا في مُعتَقَدِه (الأصحُّ أنّه) أي مَنْ لا يعتقدُ ذلك (يُدَيَّنُ)؛ لأنّه لو وصَلَ ما يَدَّعيه باللّفْظِ لانتظَمَ ومعنى التّديينِ أنْ يُقال لها حَرُمْت عليه ظاهرًا وليس لَك مُطاوَعَتُه إلا إنْ غلب على ظَنّك صِدْقُه بقَرينةٍ أي وحينئذٍ يلزمُها تمكينُه، ويحرُمُ عليها النُّشوزُ، ويُفَرِّقُ بينهما القاضي من غيرِ نَظَرٍ لِتصديقِها كما صَحَّحه صاحِبُ المُعينِ وجَرى عليه ابنُ الرِّفعةِ وغيرُه فإنْ قُلْت: لو أقَرَّتْ لِرجلٍ بالزوجيّةِ فصدَّقَها لم يُفَرَّقْ بينهما، وإنْ كذَّبَها الوليُّ والشُّهودُ فهلّا كان هنا كذلك قُلْت يُفَرَّقُ بأنّا ثَمَّ لم نَعْلم مانِعًا يُستَنَدُ إليه في التّفريقِ، وهنا عَلِمْنا مانِعًا ظاهرًا أرادا رَفْعَه بتَصادُقِهما فلم يُنْظَرْ إليه، وله لا نُمَكِّنُك منها، وإنْ حَلَّتْ لَك فيما بينك وبين اللّه تعالى إنْ صَدَقْتَ قال الرّافِعيُّ: وهذا معنى قولِ الشافعيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ له الطّلَبُ، وعليها الهرَبُ، ولو استَوَى عندَها صِدْقُه وكِذْبُه كرِهَ لها تمكينَه، وإنْ ظَنّتْ كذِبَه حَرُمَ عليها تمكينُه، ولا تَتَغَيَّرُ هذه الأحوالُ بحكمِ قاضٍ

وَيُدَيَّنُ مَنْ قال أنْتِ طالِقٌ وقال أَرَدْت إنْ دَخَلْت أو إنْ شاءَ زَيْدٌ.
ولو قال: نِسائي طَوالِقُ أو كُلُّ امرأةٍ لي طالِقٌ، وقال أَرَدْت بعضَهُنّ فالصّحيحُ أنّه لا يُقْبلُ ظاهِرًا إلّا لِقَرينةٍ بأنْ خاصَمَتْه وقالتْ تَزَوَّجْت فقال: كُلُّ امرأةٍ لي طالِقٌ وقال أَرَدْت غيرَ المُخاصَمةِ.

بتفريقٍ، ولا بعدمِه تعويلاً على الظّاهرِ فقط لِما يأتي أنّ مَحَلَّ نُفوذِ حكم الحاكِم باطِنًا إذا وافَقَ ظاهرُ الأمرِ باطِنَه، ولها إذا كذَّبَتْه أنْ تنكِحَ بعدَ العِدّةِ مَنْ لم يُصَدِّق الزوجَ لَا مَنْ صَدَّقَه ولو بعدَ الحكمِ بالفُرْقة. (ويُدَيَّنُ مَنْ قال: أنت طالِقٌ، وقال: أرَدت إنْ دخلتْ أو إنْ شاءَ زَيْدٌ) لِما مَرَّ، ولا يُقْبَلُ منه دعوَى ذلك ظاهِرًا إلا لِتَحْليفِ خَصْمِه أنّه ما يعلَمُ أنّه قصَدَ ذلك كذا قاله بعضُهم، وظاهِرُه أنّ اليمين لو رُدَّتْ حَلَفَ أنّه أرادَ ذلك، وقُبِلَ منه ظاهِرًا، وفيه نَظَرٌ؛ لأنّ غايةَ الرّدِّ أنّه كالإقرارِ، وقد تقرّر أنّ تصديقَها لا نَظَرَ إليه، وخرج به إنْ شاءَ اللّه فلا يُدَيَّنُ فيه؛ لأنّه يرفَعُ حكمَ اليمينِ جُمْلةً فيُنافي لفظَها مُطْلَقًا، والنّيّةُ لا تُؤَثِّرُ حينئذٍ بخلافِ بَقِيّةِ التعليقات فإنّها لا ترفَعُه بل تُخَصِّصُه بحالٍ دون حالٍ وأُلْحِقَ بالأوّلِ ما لو قال مَنْ أوقَعَ الثلاثَ: كُنْت طَلَّقْت قبلَ ذلك بائِنًا أو رجعيًّا وانقضت العِدّةُ؛ لأنّه يُريدُ رَفْعَ الثلاثِ من أصلِها، وما لو أوقَعَ الاستثناءَ من عددٍ نصٍّ كأربَعَتكُنّ طَوالِقُ، وأرادَ إلا فُلانةَ أو أنت طالِقٌ ثلاثًا، وأرادَ إلا واحدةً بخلافِ نِسائي وبالثاني نيّةٌ من وثاقٍ؛ لأنّه تأويلٌ وصَرْفٌ لِلَّفْظِ من معنى إلى معنى فلم يكن فيه رَفْعٌ لِشيءٍ بعدَ ثُبوته والحاصِلُ أنّ تفسيرَه بما يرفَعُ الطّلاقَ من أصلِه كأرَدْتُ طلاقًا لا يقعُ أو إنْ شاءَ اللّه أو إنْ لم يَشَأ أو إلا واحدةً بعدَ ثلاثًا أو إلا فُلانةَ بعد أربَعَتكُنّ لم يُدَيَّنْ، أو ما يُقَيِّدُه أو يَصْرِفُه لِمعنًى آخرَ أو يُخَصِّصُه كأرَدْتُ إنْ دَخَلْت أو من وِثاقٍ أو إلا فُلانةَ بعدَ كلِّ امرأةٍ أو نِسائي دُيِّنَ، وإنّما ينفَعُه قصْدُه ما ذكرَ باطِنًا إنْ كان قبلَ فراغِ اليمينِ فإنْ حَدَثَ بعدَه لم يُفِدْه كما مَرَّ في الاستثناءِ ولو زعم أنّه أتَى به وأسمع نفسَه، فإنْ صَدَّقته فذاك، وإلا حَلَفت وطَلَقت كما لو قال عَدْلانِ حاضِرانِ: إنّه لم يأت بها؛ لأنّه نفيٌ محصورٌ، ولا يُقْبَلُ قولُها، ولا قولُهما لم نَسمعه أتَى بها بل يُقْبَلُ قولُه: بيَمينِه؛ لأنّه لم يُكذِّبْ أي أمّا لو كُذِّبَ صريحًا فإنّه يحتاجُ للبَيِّنةِ، ولو حَلَفَ مُشيرًا لِنَفيسٍ ما قيمةُ هذا دِرْهَمٌ، وقال نَوَيْت بل أكثرَ صُدِّقَ ظاهرًا كما أفتى به أبو زُرْعةَ؛ لأنّ اللّفْظ يحتَمِلُه، وإنْ قامت قرينةٌ على أنّ مُرادَه بل أقَلُّ؛ لأنّ النّيّةَ أقوى من القرينةِ.

(ولو قال: نِسائي طَوالِقُ أو كلُّ امرأةٍ لي طالِقٌ، وقال أرَدْت بعضَهُنّ فالصّحيحُ أنّه لا يُقْبَلُ ظاهرًا)؛ لأنّه خلافُ ظاهرِ اللّفْظِ من العموم بل يُدَيَّنُ لاحتمالِه (إلا بقَرينةٍ بأنْ) أي كأنْ (خاصَمته وقالتْ) له (تزَوَّجْت) عليَّ (فقال) في إنْكارِه المُتَّصِلِ بكلامِها أخذًا مِمّا يأتي (كلُّ امرأةٍ لي طالِقٌ، وقال أرَدْت غيرَ المُخاصِمةِ) لِظُهورِ صِدْقِه حينئذٍ، وقيلَ: لا يُقْبَلُ مُطْلَقًا، ونَقَلاه عن الأكثرين ومثلُ ذلك ما لو أرادَت الخُروجَ لِمَكانٍ مُعَيَّنٍ فقال: إنْ خَرَجْت اللّيْلةَ فأنت طالِقٌ فخرجتْ لِغيرِه، وقال لم أقصِدْ إلا مَنْعَها من ذلك المُعَيَّنِ فيُقْبَلُ ظاهرًا للقَرينةِ وما في الروضةِ في الأيمانِ أنّه لو قيلَ له: كلِّم زَيْدًا اليومَ فقال:

فَصْلٌ

قال أَنْتِ طالِقٌ في شَهْرِ كَذا أو في غُرَّتِه أو أَوَّلِه وقَعَ بأَوَّلِ جُزْءٍ منه، أو في نَهارِه أو أَوَّلِ يَوْمٍ منه فَبِفَجْرِ أَوَّلِ يَوْمٍ، ....

لا كلَّمْته ونَوَى اليومَ قُبِلَ ظاهرًا أي للقَرينةِ أيضًا وبه يُفَرَّقُ بينه وبين قولِها لو قال لا أَدْخُلُ دارَ زَيْدٍ، وقال أَرَدْت ما يسكُنُه دون ما يملكُه لم يُقْبل ظاهرًا أي لِعدمِ القرينةِ ومَرَّ أنّه لو قال: وهو يَحِلُّها من وِثاقٍ أنت طالِقٌ وقال أَرَدْت من وِثاقٍ لم يقعْ عليه شيءٌ للقَرينةِ وقَيَّدَ المُتَوَلّي مسألةَ الروضةِ بما إذا وصَلَ حَلِفَه بكلام السّائِلِ، وإلا لم تنفعْه النّيّةُ أي لأنّه لا قرينةَ حينئذٍ، ويظهرُ ضَبْطُ الطّولِ والقِصَرِ بالعُرْفِ، وأنّه هنا أوسَعُ منه بين إيجابِ البيعِ وقَبولِه ثمّ ما ذكرَ إنّما هو في القرينةِ اللّفظيّةِ كما ترى، ومنه ما لو قال لها إنْ رأيت من أختي شيئًا، ولم تُخْبِريني به فإنّه يُحْمَلُ على موجِبِ الرّيبةِ أمّا القرينةُ الحاليّةُ كما إذا دخل على صَديقِه، وهو يتغَدّى فقال: إنْ لم تَتَغَدَّ مَعي فامرَأتي طالِقٌ لم يقعْ إلا باليأسِ، وإن اقتضت القرينةُ أنّه يتغَدّى معه الآنَ ذكرَه القاضي وخالفه البغَويّ فقَيَّدَه بما تقتَضيه العادةُ قيلَ: وهو أفْقَه انتهى ويأتي قُبَيْلَ فصلِ التعليقِ بالحملِ عن الروضةِ ما يُؤَيِّدُه، وعن الأصحابِ ما يُؤَيِّدُ الأوّلَ وأنّه مُستَشْكلٌ ومِمّا يُرَجِّحُ الثانيَ النّصُّ في مسألةِ التّغَدّي على أنّ الحلِفَ يتقَيَّدُ بالتّغَدّي معه الآنَ.

(فرع): أقَرَّ بطلاقٍ أو بالثلاثِ ثمّ أنكر أو قال لم يكن إلا واحدةٌ فإنْ لم يذكرْ عُذْرًا لم يُقْبل، وإلا كظَنَنْتُ وكيلي طَلَّقَها فبانَ خلافُه أو ظَنَنْت ما وقَعَ طلاقًا أو الخُلْعَ ثلاثًا فأَتَيْت بخلافِه، وصَدَّقته أو أقامَ به بَيِّنةً قُبِلَ.

فصل في تعليقِ الطّلاقِ بالأزمِنةِ ونحوِها

إذا (قال: أنت طالِقٌ في شهرِ كذا أو) في (غُرّته أو) في (أوّلِه) أو في رَأسِه (وقَعَ بأوّلِ جُزْءٍ) ثَبَتَ في مَحَلِّ التعليقِ على ما بحثه الزّركشيُّ كونُه (منه) وعليه فكان الفرقُ بينه وبين ما مَرَّ أوّلَ الصومِ أنّ العبرةَ بالبلَدِ المُنْتَقَلِ إليه لا منه أنّ الحكمَ ثَمَّ مَنوطٌ بذاته دون غيرِها فنيطَ الحكمُ بمَحَلِّها بخلافِه هنا فإنّه مَنوطٌ بحَلِّ العِصْمةِ، وهو غيرُ مُتَقَيِّدٍ بمَحَلٍّ فروعيَ مَحَلُّ التعليقِ الذي هو السّبَبُ في ذلك الحلِّ، وذلك لِصِدْقِ ما عَلَّقَ به حينئذٍ حتى في الأولى؛ إذِ المعنى فيها إذا جاءَ شهرُ كذا ومَجيئُه يتحَقَّقُ بمَجيءِ أوّلِ جُزْءٍ منه كما لو عَلَّقَ بدخولِ دارٍ يقعُ بحُصولِه في أوّلِها فإنْ أرادَ ما بعدَ ذلك دُيِّنَ. (أو) قال: أنت طالِقٌ (في نَهارِه) أي شهرِ كذا (أو أوّلِ يوم منه فيقعُ) الطّلاقُ (بفَجْرِ أوّلِ يوم منه) لأنّ الفجْرَ لُغةً أوّلُ النّهارِ، وأوّلُ اليوم وبه يُعْلَمُ أنّه لو قال لها: أنت طالِقٌ يومَ يقدَمُ زَيْدٌ فقدِمَ قُبَيْلَ الغُروبِ بانَ طلاقُها من الفجْرِ على الأصحِّ عندَ الأصحابِ، وقياسُه أنّه لو قال متى قدِمَ فأنت طالِقٌ يومَ خَميسٍ قبلَ يومِ قُدومِه فقَدِمَ يومَ الأربِعاءِ بانَ الوُقوعُ من فجْرِ الخميسِ الذي قبله وترتيبُ أحكامِ

أو آخِره فبآخِرِ جُزْءٍ مِن الشَّهْرِ، وقيلَ بأوَّلِ النِّصفِ الآخَرِ.

الطَّلاقِ الرَّجْعيِّ أو البائِنِ من حينئذٍ، ونظيرُه ما لو قال: أنت طالِقٌ قبلَ موتي بأربَعةِ أشهرٍ وعَشَرةِ أيّامٍ فعاشَ أكثرَ من ذلك ثمّ مات فيتبيَّنُ وُقوعُه من تلك المُدّةِ، ولا عِدّةَ عليها إنْ كان بائِنًا أو لم يُعاشِرْها، ولا إرْثَ لها، وأصلُ هذا قولُهم في: أنت طالِقٌ قبلَ قُدوم زَيْدٍ بشهرٍ يُشْتَرَطُ للوُقوعِ قُدومُه بعدَ مُضيِّ أكثرَ من شهرٍ من أثناءِ التعليقِ فحينئذٍ يتبيَّنُ وُقوعُه قبلَ شهرٍ من قُدومِه فتعتَدُّ من حينئذٍ؛ لأنه علَّقَ بزَمَنٍ بينه وبين القُدومِ شهرٌ فاعتُبِرَ مع الأكثريّةِ الصّادِقة بآخِرِ التعليقِ فأكثرَ ليقعَ فيها الطَّلاقُ، وقولُهما: بعدَ مُضيِّ شهرٍ من وقت التعليقِ مُرادُهما بوقت التعليقِ آخِرُه فيتبيَّنُ الوُقوعُ مع الآخِرِ لِتقارُنِ الشرطِ والجزاءِ في الوجودِ، ولو قال إلى شهرٍ وقَعَ بعدَ شهرٍ مُؤَبَّدًا إلا أنْ يُريدَ تنجيزَه وتوقيتَه فيقعَ حالاً ومثلُه إلى آخِرِ يومٍ من عُمْري، وبه يُعْلَمُ أنّه لو قال: أنت طالِقٌ آخِرَ يوم من عُمْري طَلَقت بطُلوعِ فجْرِ يومِ موته إنْ ماتَ نَهارًا، وإلا فبِفَجْرِ اليوم السّابِقِ على ليلةِ موته وتقديرُ ذلك في اليوم الأخيرِ من أيّام عُمْري إذْ هو من إضافة الصِّفة للموصوفِ قال بعضُهم أخذًا من كلام الجلالِ البُلْقَينيِّ: ومَحَلُّ هذا إنْ مات في غيرِ يومِ التعليقِ أو في ليلةٍ غيرِ اللَّيْلةِ التّاليةِ ليوم التعليقِ وإلا وقَعَ حالاً انتهى، ومُرادُه أنّه يتبيَّنُ وُقوعُه من حينِ التَّلَفُّظِ، ولو قال آخِرَ يوم لِموتي أو من موتي لم يقعْ شيءٌ لاستحالةِ الإيقاعِ والوُقوعِ بعدَ الموت، ولو قال آخِرَ يوم، ولم يَزِدْ، ولا نيّةَ له فالذي أفتيت به أنّه لا يقعُ به شيءٌ لِتَرَدُّدِه بين آخِرِ يومٍ من عُمْري أو من موتي، وما تَرَدَّدَ بين موقِعٍ وعدمِه، ولا مُرَجِّحَ لأحَدِهما من تَبادُرٍ ونحوِه يَتعيَّنُ عدمُ الوُقوعِ به؛ لأنّ العِصْمةَ ثابِتةٌ بيقينٍ فلا تُرْفَعُ بمُحْتَمَلٍ، ولو قال: على آخِرِ عِرْقٍ يَموتُ مِنّي كما اعتادَتْه طائِفة فهو كقولِه: (مع موتي) فلا وُقوعَ به كما يأتي أو (آخِرَ جزءٍ من عُمْري) أو (من أجزاءِ عُمْري) وقَعَ قُبَيْلَ موته أي آخِرَ جُزْءٍ يَليه موتُه خلافًا لِمَنْ زعم وُقوعَه حالاً فقد صرحوا في أنت طالِقٌ آخِرَ جُزْءٍ من أجزاءِ حيضَتك بأنّه سُنِّيٌّ لاستعقابه الشُّروعَ في العِدّةِ، وأجابَ الرّويانيُّ عَمّا يُقالُ: كيف يقعُ مع أنّ الوُقوعَ عَقِبَ آخِرِ جُزْءٍ، وهو وقتُ الموت بأنّ حالةَ الوُقوعِ هي الجُزْءُ الأخيرُ لا عَقِبَه لِسَبْقِ لفظِ التعليقِ هنا فلا ضَرورةَ إلى التعقيبِ بخلافِه في: أنت طالِقٌ فإنّه إنّما يقعُ عَقِبَ اللّفظِ لا معه لاستحالتِه ولو قال قبلَ أنْ أضرِبَك أو نحوَه مِمّا لا يُقْطَعُ بوجودِه فضربها بانَ وُقوعُه قال جمعٌ عَقِبَ اللّفْظِ وردَّه شيخُنا بأنّ الموافِقَ لِقولِهم في أنت طالِقٌ قبلَ شهرٍ بعدَه رَمَضانُ وقَعَ آخِرَ جُزْءٍ من رَجَبٍ وُقوعُه قُبَيْلَ الضّرْبِ باللّفظِ السّابِقِ وقولُ الشيخينِ فحينئذٍ يقعُ مُستَنِدًا إلى حالِ اللّفظِ أقربُ إلى الأوّلِ بل ظاهرٌ فيه لِقولِهما مُستَنِدًا إلى حالِ اللّفظِ، ولم يقولا إلى اللّفظِ وعليه يُفرَّقُ بين هذا وما قاسَ عليه بأنّ التعليقَ ثَمَّ بأزْمِنةٍ مُتعاقِبةٍ كلٌّ منها محدودُ الطّرَفَين فتَقَيَّدَ الوُقوعُ بما صَدَّقَه فقط وهنا بفعلٍ، ولا زَمَنَ له محدودٌ يُمْكِنُ التَّقَيُّدُ به فتعيَّنَ الوُقوعُ من حينِ اللّفظِ، (أو) أنت طالِقٌ (آخِرَه) أي شهرِ كذا أو انسِلاخَه أو نحوَ ذلك (ف) يقعُ (بآخِرِ جُزْءٍ من الشّهْرِ) لأنّ المفهومَ منه آخِرُه الحقيقيُّ (وقيلَ) يقعُ (بأوّلِ النصفِ الآخِرِ) منه، وهو أوّلُ جُزْءٍ منه ليلةَ سادِسَ

ولو قال لَيلاً إذا مَضَى يَوْمٌ فَبِغُروبِ شَمسِ غَدِه، أو نَهارًا فَفي مِثْلِ وقْتِه من غَدِهِ أو اليَوْمُ، فإنْ قاله نَهارًا فَبِغُروبِ شَمسِه وإلّا لَغا، وبه يُقاسُ شَهْرٌ وسَنَةٌ.

عَشْرةَ؛ لأنّ منه إلى آخِرِه يُسَمَّى آخِرَه، ويُرَدُّ بمَنْعِ ذلك. (ولو قال ليلاً إذا مَضى يومٌ) فأنت طالِقٌ (ف) تَطْلُقُ (بغُروبِ شَمْسِ غَدِه) إذْ به يتحقَّقُ مُضيُّ يوم (أو) قاله (نَهارًا) بغَدِ أوّله (ففي مثلِ وقته من غَدِه) يقعُ الطّلاقُ؛ لأنّ اليومَ حَقيقة في جميعِه مُتَواصِلاً أو مُتَفَرّقًا، ولا يُنافيه ما مَرَّ أنّه لو نَذَرَ اعتكافَ يومٍ لم يَجُزْ له تفريقُ ساعاته؛ لأنّ النّذْرَ موَسَّعٌ يَجوزُ إيقاعُه أيَّ وقتٍ شاءَ والتعليقُ محمولٌ عندَ الإطلاقِ على أوّلِ الأزْمِنةِ المُتَّصِلةِ به اتّفاقًا ولأنّ الممنوعَ منه ثَمَّ تَخَلُّلُ زَمَنٍ لا اعتكافَ فيه، ومن ثَمَّ لو دخل فيه أثناءَ يوم واستَمَرَّ إلى نظيرِه من الثاني أجزَأه كما لو قال أثناءَه عليَّ أنْ أعتَكِفَ يومًا من هذا الوقت، وهذا هو نظيرُ ما هنا بجامِعِ أنّ كلاًّ حَصَلَ الشُّروعُ فيه عَقِبَ اليمينِ أمّا لو قاله أوّله بأنْ فُرِضَ انطِباقُ آخِرِ التعليقِ على أوّلِه فتَطْلُقُ بغُروبِ شَمْسِه، ولو قال: أنت طالِقٌ كلَّ يوم طَلْقة طَلَقت في الحالِ طَلْقة، وأخرى أوّلَ الثاني وأخرى أوّلَ الثالِثِ، ولم يُنْتَظَرْ فيهما مُضيُّ ما يَكْمُلُ به ساعاتُ اليومِ الأوّلِ؛ لأنّه هنا لم يُعَلِّقْ بمُضيِّ اليومِ حتى يُعْتَبَرَ كمالُه بل باليومِ الصّادِقِ بأوّلِه ولِظُهورِ هذا تعجَبُ من استشْكالِ ابنِ الرِّفعةِ له.

(أو) قال إذا مَضى (اليومُ) فأنت طالِقٌ (فإنْ قاله نَهارًا) أي أثناءَه، وإنْ بَقيَ منه لَحظةٌ (فبِغُروبِ شَمْسِه)؛ لأنّ أل العهْديّةَ تصرِفُه إلى الحاضِرِ منه (وإلا) يَقُلْه نَهارًا بل ليلاً (لَغا) فلا يقعُ به شيءٌ إذْ لا نَهارَ حتى يُحْمَلَ على المعهودِ والحملُ على الجنسِ مُتعذِّرٌ لاقتضائِه التعليقَ بفَراغِ أيّامِ الدُّنيا، فإنْ قُلْت لِمَ لا يُحْمَلُ على المجازِ لِتعذُّرِ الحقيقة قُلْت: لأنّ شرطَ الحملِ على المجازِ في التّعاليقِ ونحوِها قصْدُ المُتَكلِّمِ له، أو قرينةٌ خارِجيّةٌ تُعَيِّنُه، ولم يوجَدْ واحدٌ منهما هنا وخرج بمُضيِّ اليومِ قولُه أنت طالِقٌ اليومَ أو الشّهرَ أو السّنةَ أو هذا اليومَ أو الشّهرَ أو السّنةَ فإنّها تَطْلُقُ حالاً ولو ليلاً سواءٌ أنصَبَ أم لا؛ لأنّه أوقَعَه وسَمَّى الزّمَنَ بغيرِ اسمِه فلَغَت التّسميةُ (وبه) أي بما ذكرَ (يُقاسُ شهرٌ وسَنةٌ) في التعريفِ والتنكيرِ لكن لا يتأتّى هنا إلغاءٌ كما هو معلومٌ فيقعُ في إذا مَضى الشّهْرُ أو السّنةُ بانقضاءِ باقيهما، وإنْ قلَّ فإنْ أرادَ الكامِلَ دُيِّنَ، وفي إذا مَضى شهرٌ إنْ وافَقَ قولُه أي آخِرُ قولِه أخذًا مِمّا مَرَّ آنِفًا عن الرّويانيِّ ابتداءَه بمُضيِّه، وإنْ نَقَصَ، وإنْ لم يوافِقْه فإنْ قاله ليلاً وقَعَ بمُضيِّ ثلاثين يومًا، ومن ليلةِ الحادي والثلاثين بقدرِ ما كان سبَقَ من ليلةِ التعليقِ أو نَهارًا فكذلك لكن من اليومِ الحادي والثلاثين بعدَ التعليقِ ومَحَلُّه إنْ كان في غيرِ اليومِ الأخيرِ، وإلا ومَضى بعدَه شهرٌ هِلاليٌّ كفَى نظيرُ ما مَرَّ في السّلَمِ، وفي إذا مَضَتْ سنةٌ بمُضيِّ اثنيْ عَشَرَ شهرًا هِلاليّةً فإن انكسَرَ الشّهْرُ الأوّلُ حُسِبَ أحدَ عَشَرَ شهرًا بالأهِلّةِ وكُمِّلَتْ بَقيّةُ الأوّلِ ثلاثين يومًا من الثالِثَ عَشَرَ، والسّنةُ للعربيّةِ نعم، يُدَيَّنُ مُريدُ غيرِها.

(فرع): حَلَفَ لا يُقيمُ بمَحَلِّ كذا شهرًا فأقامَه مُفَرَّقًا حَنِثَ على ما يأتي في الأيمانِ ولو قال: أنت

أو أنْتِ طالِقٌ أمسِ، وقَصَدَ أنْ يَقَعَ في الحالِ مُسْتَنِدًا إليه وقَعَ في الحالِ، وقيلَ لَغْوٌ أو قَصَدَ أنّه طَلَّقَ أمسِ، وهي الآنَ مُعْتَدّةٌ صُدِّقَ بيَمينِه، أو قال طَلَّقْت في نِكاحٍ آخَرَ، فإنْ عُرِفَ صُدِّقَ بيَمينِه، وإلّا فلا.

طالِقٌ في أوّلِ الأشهرِ الحُرُمِ طَلَقَت بأوّلِ القِعْدةِ؛ لأنّ الصّحيحَ أنّه أوّلُها وقيلَ أوّلُها ابتداءُ المُحَرَّمِ ذكرَه الإسنَويُّ.

(أو) قال (أنت طالِقٌ أمسِ) أو الشّهْرَ الماضيَ أو السّنةَ الماضيةَ (وقَصَدَ أنْ يقعَ في الحالِ مُستَنِدًا إليه) أي أمسِ أو نحوِه (وقَعَ في الحالِ)؛ لأنّه أوقَعَه حالاً، وهو ممكنٌ وأسنَدَه لِزَمَنٍ سابِقٍ، وهو غيرُ ممكنٍ فأُلْغيَ، وكذا لو قصَدَ أنْ يقعَ أمسِ أو أطلقَ أو تعذَّرَتْ مُراجَعَتُه لِنحوِ موتٍ أو خَرَسٍ، ولا إشارةَ له مُفْهِمةٌ (وقيلَ: لَغْوٌ) نَظَرًا لإسنادِه لِغيرِ ممكنٍ ويُرَدُّ بأنّ الإناطةَ بالممكنِ أولى ألا ترى إلى ما مَرَّ في له عليَّ ألفٌ من ثمنِ خمرٍ أنّه يُلْغَى قولُه من ثمنِ خمرٍ ويلزمُه الألفُ (أو قصَدَ أنّه طَلَّقَ أمسِ، وهي الآنَ مُعتَدّةٌ) من طلاقٍ رجعيٍّ أو بائنٍ (صُدِّقَ بيَمينِه) لِقَرينةِ الإضافةِ إلى أمسِ ثمّ إنْ صَدَّقَته فالعِدّةُ مِمّا ذكرَ، وإنْ كذَّبَته أو لم تُصَدِّقْه، ولم تُكذِّبْه فمن حينِ الإقرارِ (أو) قال أرَدْت أنّي (طَلَّقْتُ) ها أمسِ (في نِكاحٍ آخرَ) فبانَتْ مِنّي ثمّ جَدَّدْت نِكاحَها أو أنّ زوجًا آخرَ طَلَّقَها كذلك (فإنْ عُرِفَ) النّكاحُ الآخرُ، والطّلاقُ فيه ولو بإقرارِها (صُدِّقَ بيَمينِه) في إرادةِ ذلك للقَرينةِ (وإلا) يُعْرَفْ ذلك (فلا) يُصَدَّقُ، ويقعُ حالاً لِبُعْدِ دعواه هذا ما جَرَيا عليه هنا، وهو المنقولُ عن الأصحابِ وللإمامِ احتمالٌ جَرى عليه في الروضةِ تَبَعًا لِنُسَخِ أصلِها السّقيمةِ أنّه يُصَدَّقُ لاحتمالِه، وجزم به بعضُهم ولو قال: أنت طالِقٌ قبلَ أنْ تُخْلَقي طَلَقَت حالاً أو بين اللّيْلِ والنّهارِ فإنْ كان نَهارًا فبالغُروبِ أو ليلاً فبالفجْرِ.

(تنبيهٌ) ما تقرّر في أنت طالِقٌ أمسِ من الوُقوعِ حالاً عَمَلاً بالممكنِ، وهو الوُقوعُ بأنت طالِقٌ وإلغاءً لِما لا يُمْكِنُ، وهو قولُه أمسِ يوافِقُه الوُقوعُ حالاً في أنت طالِقٌ قبلَ أنْ تُخْلَقي إلغاءً لِما لا يُمْكِنُ، وهو قبلَ أنْ تُخْلَقي، وفي أنت طالِقٌ لا في زَمَنٍ إلغاءً للمُحالِ، وهو لا في زَمَنٍ، وفي أنت طالِقٌ بين اللّيْلِ والنّهارِ على ما بحثه بعضُهم مُخالِفًا لِمَنْ سبقوه وعَلَّله بأنّه ليس لَنا زَمَنٌ بين اللّيْلِ والنّهارِ فهو كقولِه: لا في زَمَنٍ، وقد تقرّر حكمُه، وفي أنت طالِقٌ للبِدْعةِ، ولا بِدْعةَ لها وللشَّهْرِ الماضي فيقعُ فيهما حالاً إلغاءً للمُحالِ، وهو ما بعدَ لامِ التعليلِ كذا قاله غيرُ واحدٍ، وفيه نَظَرٌ بل مَلْحَظُ الوُقوعِ هنا حالاً أنّ اللّامَ فيما لا يُنْتَظَرُ له وقتٌ لِلتعليلِ فهو كأنت طالِقٌ لِرِضا زَيْدٍ فإنّه يقعُ، وإنْ لم يرضَ، وقد يُجابُ بأنّه لا مانِعَ من أنْ يُعَلَّلَ بإلغاءِ المُحالِ أيضًا كما أشاروا إليه في لِلشَّهْرِ الماضي، ومن ثَمَّ قاسَ شيخُنا الوُقوعَ حالاً في أمسِ على الوُقوعِ حالاً في للبِدْعةِ، ولا بِدْعةَ لها، ولم يُبالِ بما أفادَتْه اللّامُ لِما ذكرْتُه، وفي أنت طالِقٌ الآنَ طلاقًا أثَّرَ في الماضي فيقعُ حالاً، ويَلْغو قولُه أثَّرَ في الماضي؛ لأنّه مُحالٌ، وفي أنت طالِقٌ اليومَ غَدًا إلغاءً للمُحالِ، وهو قولُه غَدًا، وفي

....

أنت طالِقٌ طَلْقة سُنّيّةً بدْعيّةً، وهي في حالِ البِدْعةِ إلغاءُ للمُحالِ، وهو اجتماعُهما من جِهةٍ واحدةٍ. وفي أنت طالِقٌ الطّلْقة الرّابعةَ على أحدِ وجهَين لم أرَ مَنْ رجح منهما شيئًا وقياسُ كلامِ القاضي الآتي عدمُ الوُقوعِ ويَلْحَقُ بهذه المسائلِ أنت طالِقٌ أمسِ غَدًا أو غَدًا أمسِ من غيرِ إضافة فيقعُ صَبيحةَ الغدِ ويَلْغو ذِكْرُ أمسِ؛ لأنّه عَلّقَه بالغدِ وبالأمسِ، ولا يُمْكِنُ الوُقوعُ فيهما، ولا الوُقوعُ في أمسِ فتعيَّنَ الوُقوعُ في غَدٍ لإمكانِه، وحاصِلُ هذا إلغاءُ المُحالِ والأخذُ بالممكنِ فهو كما مَرَّ في أنت طالِقٌ أمسِ، ويُخالِفُ هذه الفُروعَ كلَّها عدمُ الوُقوعِ أصلًا نَظَرًا للمُحالِ في أنت طالِقٌ بعدَ موتي أو معه، وفي أنت طالِقٌ مع انقضاءِ عِدَّتك، وفي أنت طالِقٌ طَلْقة بائِنةً لِمَنْ يملكُ عليها الثلاثَ كما قاله القاضي أو رجعيّةً لِمَنْ لا يملكُ عليها سِوَى طَلْقة أو لِغيرِ موطوءةٍ كما قاله القاضي أيضًا قال في التّهذيبِ وهو المذهبُ، وفي أنت طالِقٌ الآنَ أو اليومَ إذا جاءَ الغدُ أو إذا دَخَلْت الدّارَ فلا تَطْلُقُ بمَجيءِ الغدِ، ولا بدخولِ الدّارِ؛ لأنّه عَلّقَه بمَجيءِ الغدِ فلا يقعُ قبله، وإذا جاءَ الغدُ فقد فاتَ اليومُ أو الآنَ أي فلم يُمْكِنْ إيقاعُه بوجهٍ، وفي أنت طالِقٌ إنْ جَمعت بين الضِّدَّين أو نُسِخَ رَمَضانُ أو تكلَّمت هذه الدّابّةُ فلا يقعُ نَظَرًا للمُحالِ بأقسامِه الثلاثةِ. والحاصِلُ منه أنّ الطّلاقَ وقَعَ حالًا في أكثرِ الإحدَى عَشْرةَ الأولى، ولم ينظُروا فيها للمُحالِ الذي ذكرَه، ولم يقعْ في الصّوَرِ الأخرى التسعِ نَظَرًا للمُحالِ فيها، وفي الفرقِ بين تلك وهذه بإبداءِ معنًى أوجَبَ إلغاءَ المُحالِ في جميعِ تلك ومعنًى آخرَ أوجَبَ النّظَرَ للمُحالِ في جميعِ هذه عُسرٌ أو تعذُّرٌ لِمَنْ أمعَنَ النّظَرَ في مُدْرَكِ كلٍّ من تلك، وكلٍّ من هذه فإنْ قُلْت: هذا الإشكالُ لا يتوجَّه؛ لأنّ هذه الفُروعَ المُبَدَّدةَ بعضُها مَبنيٌّ على أنّ المُحالَ يمنعُ الوُقوعَ، وبعضُها على أنّه لا يمنعُه، والإشكالُ إنّما جاءَ من ذِكْرِ المُتأخِّرين لها كما ذُكِرَ قُلْت بل الإشكالُ مُتَوَجِّهٌ وما ذُكِرَ ممنوعٌ ألا ترى أنّ الشيخينِ قائِلانِ بأنّ التعليقَ بالمُحالِ يمنعُ الوُقوعَ مع قولِهما في أمسِ ونحوِه بالوُقوعِ إلغاءً للمُحالِ فإنْ قُلْت: يُمْكِنُ الفرقُ بأنّ المُحالَ إنّما يمنعُ الوُقوعَ إنْ وقَعَ في التعليقِ لِقولِهم قد يكونُ القَصْدُ من التعليقِ به عدمَ الوُقوعِ، وهو قضيّةُ فرقَ بعضِهم بين أنت طالِقٌ اليومَ إذا جاءَ الغدُ وأنت طالِقٌ أمسِ غَدًا بأنّ الأوّلَ فيه لفظٌ صريحٌ في التعليقِ فمَنَعَ الوُقوعَ بخلافِ الثاني قُلْت لا يَطَّرِدُ ذلك؛ لأنّ أنت طالِقٌ أمسِ وقبلَ أنْ تُخْلَقي، ولا في زَمَنٍ ونحوَها مثلُ أنت طالِقٌ مع موتي أو بعدَه أو مع انقضاءِ عِدَّتك أو طَلْقة بائِنةً أو رجعيّةً في صورَتَيْهما السّابِقَتَين فهذا تنجيزٌ في الكلِّ رُبِطَ بمُحالٍ فأُلْغي تارةً، ولم يُلْغَ أخرى. فإنْ قُلْت: عَلَّلوا مع موتي ومع انقضاءِ عِدَّتك بقولِهم لم يقعْ لِمُصادَفَته البيْنونةَ وبه يُفَرِّقُ بين نحوِ هذينِ ونحوِ أمسِ فإنّ وُقوعَه هنا لا يُصادِفُ البيْنونةَ قُلْت لا يَطَّرِدُ ذلك أيضًا؛ لأنّ قياسَه أنْ لا يقعَ في: قبلَ أنْ تُخْلَقي لِمُصادَفَته

وأدَواتُ التَّعْليقِ: مَنْ كَمَنْ دَخَلَتْ، وإنْ وإذا، ومَتَى، ومَتَى ما ....

عدمَ وجودِها بالكلّيّةِ، وهو أولى بالرِّعايةِ من مُصادَفة البيْنونةِ وأيضًا فالتعليلُ بمُصادَفة البيْنونةِ إنّما هو بَيانٌ لِوجه المُحاليّةِ، وهي لا تنحَصِرُ في ذَينك فليس القصْدُ به إلا بَيانَ وجه الإحالةِ، وإلا فأكثرُ صوَرِ المُحالِ الذي مَنَعَ الوُقوعَ ليس فيها مُصادَفة بَيْنونةٍ فإنْ قُلْت: البحثُ بين الأصحابِ في مَنْعِ المُحالِ بأقسامِه الثلاثةِ للوُقوعِ إنّما هو في التعليقِ به كما أطبَقت عليه عباراتُهم، والتعليقُ إنّما يكونُ بمُستقبَلٍ فألحَقْنا به كلَّ تنجيزٍ فيه الرّبْطُ بمُستقبَلٍ كمع موتي أو بعدَه أو مع انقضاءِ عِدَّتك بخلافِ تنجيزٍ ليس فيه ذلك الرّبْطُ بأنْ رُبِطَ بماضٍ أو حالٍ أو لم يُرْبَطْ بماضٍ، ولا مُستقبَلٍ فإنّه لا ينظُرُ للمُحالِ فيه كأمسِ وقبلَ أنْ تُخْلَقي، ولا في زَمَنٍ ولِلشَّهْرِ الماضي وطلاقًا أثَّرَ في الماضي وطَلْقة سُنّيّةً بدْعيّةً قُلْت الفرقُ بذلك ممكنٌ لكن يَرِدُ عليه اليومَ غَدًا حيثُ ألغَوْا غَدًا مع أنّه مُستقبَلٌ، ويُجابُ بأنّ إلغاءَه هنا لِمُعارَضةِ ضِدِّه له، وهو اليومُ الأقوى لِكونِه حاضِرًا فقَدَّمْنا مقتضاه ثمّ ما قُلْناه في هذه الصّوَرِ الأولى الإحدَى عَشْرةَ بأسرِها، وهو إلغاءُ المُحالِ؛ لأنّها غيرُ مُستقبَلةٍ.

وأمّا الصّوَرُ الأخرى فالمُستقبَلُ منها صريحًا بعدَ موتي في ومعه ومع انقضاءِ عِدَّتك والآنَ إذا جاءَ الغدُ أو دَخَلْتَ وغلب التعليقُ هنا على الآنَ؛ لأنّه أقوى لِما تقرّر أنّ الأصلَ في مَنْعِ المُحالِ أنْ يكون مُعَلَّقًا، وبه فارَقَ ما مَرَّ آنِفًا في اليومَ غَدًا من إلغاءِ غَدًا دون اليوم، وإنْ جمعتْ بين الضِّدَّين، وما بعدَه نعم، تبقَى طَلْقة بائِنةٌ وطَلْقة رجعية والطَّلْقة الرّابِعةُ فهذه أُلْغيَ المُحالُ فيها مع أنّها ليستْ بمُستقبَلٍ.

وقد يُجابُ بأنّ هذه أُلْحِقت بالمُستقبَلِ؛ لأنّ المُتَبادَرَ منها أنت طالِقٌ طَلْقة إنْ كانت رجعيّةً، وكذا الباقي المقتضي لِبُطْلانِ ما وقَعَ به التّناقُضُ فقط، فحينئذٍ اتُّجه الفرقُ بين تلك المسائلِ الإحدَى عَشْرةَ الأولى والتسعِ الأخيرةِ فتأمّلْ ذلك كلَّه فإنّه مُهِمٌّ، ولم يَتعرَّضوا في شيءٍ منه لِما يشفي، ولا نَبَّهوا على تَخالُفٍ في شيءٍ من تلك الفُروعِ لِغيرِه مع ظُهورِ المُخالَفة كما عَلِمْت فإنْ قُلْت: أيُّ معنًى أوجَبَ الفرقَ بين المُستقبَلِ وغيرِه.

قُلْت العُرْفُ المفهومُ من قولِهم: في تعليلِ عدمِ الوُقوعِ بالمُحالِ لأنّ المُعَلَّقَ قد يُقْصَدُ بالتعليقِ به مَنْعُ الوُقوعِ فعلِمْنا من هذا أنّ المُستقبَلَ يُقْصَدُ به ذلك فأثَّرَ عدمَ الوُقوعِ بخلافِ غيرِ المُستقبَلِ لا يقصِدُ أهلُ العُرْفِ به ذلك فلم يُؤَثِّرْ في عدمِ الوُقوعِ.

(وأدَواتُ التعليقِ) كثيرةٌ منها (مَنْ كمَنْ دَخلتْ) الدّارَ من نِسائي فهي طالِقٌ (وإنْ) كإنْ دَخَلْت الدّارَ فأنت طالِقٌ أو أنت طالِقٌ، وكذا طَلَّقْتُك بتفصيلِه الآتي قريبًا ويَجْري ذلك في طَلَّقْتُك إنْ دَخَلْت ومَنْ زعم وُقوعَه هنا حالاً، وفي الأولى عندَ الدُّخولِ مُطْلَقًا فقد أخطأ كما قاله البُلْقينيُّ (وإذا) والحَقُ بها غيرُ واحِدٍ إلى كإلى دَخَلْت الدّارَ فأنت طالِقٌ لاطِّرادِها في عُرْفِ أهلِ اليَمَنِ بمعناها (ومتى ومتى ما)

وكُلّما وأيُّ كأيٍّ وقْتٍ دَخَلْت، ولا يَقْتَضينَ فَوْرًا إنْ عُلّقَ بإثباتٍ في غيرِ خُلْعٍ إلّا أنْتِ طالِقٌ إنْ شِئْت، ولا تَكْرارًا إلّا كُلّما، ....

بزيادةِ ما كما مَرَّ ومهما وما وإذما وأيًّا ما وأين وأينَما وحيثُ وحيثُما وكيف وكيْفَما (وكلّما وأيُّ كأيِّ وقتٍ دَخَلْت) الدّارَ فأنت طالِقٌ (ولا يقتضين) أي هذه الأدواتُ (فوْرًا) في المُعَلَّقِ عليه (إنْ عَلّقَ بإثباتٍ) أي فيه أو بمُثبَتٍ كالدُّخولِ في إنْ دَخَلْت (في غيرِ خُلْعٍ)؛ لأنّها وضَعَتْ لا بقَيْدِ دَلالةٍ على فوْرٍ أو تَراخٍ، ودَلالةُ بعضِها في الخُلْعِ على الفوْريّةِ كما مَرَّ في إنْ وإذا ليستْ من وضْعِ الصّيغةِ بل لاقتضاءِ المُعارَضةِ ذلك إذِ القبولُ فيها يجبُ اتّصالُه بالإيجابِ وخرج بالإثبات النّفيُ كما يأتي وبحث في متى خَرَجْت شَكوْتُك تعيَّنَ الفوْرُ بالشّكْوَى عَقِبَ خُروجِها؛ لأنّ حَلِفَه ينحَلُّ إلى متى خَرَجْت، ولم أشكُكْ فهو تعليقٌ بإثباتٍ ونفيٍ ومتى لا تقتَضي الفوْرَ في الإثبات وتقتَضيه في النّفْيِ انتهى، وفيه نَظَرٌ، ولا نُسَلِّمُ انحِلاله لِذلك وضْعًا، ولا عُرْفًا، وإنّما التقديرُ المُطابِقُ متى خَرَجْت دخل وقتُ الشّكْوَى أو أوجَدْتها، وحينئذٍ فلا تعرُّضَ فيه لانتهائِها وبِفرضِ ما قاله يَجْري ذلك فيما عدا أنّ لاقتضائِه الفوْرَ في النّفْيِ، وعلى ما قُلْناه فقد تقومُ قرينةٌ خارِجيّةٌ تقتَضي الفوْرَ فلا يَبْعُدُ العمَلُ بها (إلا) إنْ قال (أنت طالِقٌ إنْ شِئْت) أو إذا شِئْت فإنّه يُعْتَبَرُ الفوْرُ في المشيئةِ بناءً على الأصحِّ أنّه تمليكٌ بخلافِ نحوِ متى شِئْت وخرج بخِطابِها إنْ شاءَتْ وخِطابِ غيرِها فلا فوْرَ فيه، وفي إنْ شِئْت وشاءَ زَيْدٌ يُعْتَبَرُ فيها لا فيه (ولا) يقتضين (تكرُّرًا) للمُعَلّقِ عليه بل إذا وُجِدَ مَرّةً انحلّت اليمينُ لِدَلالَتِهِنّ على مُجَرَّدِ وُقوعِ الفعلِ الذي في حَيْزِهِنّ، وإنْ قُيِّدَ بالأبدِ كإنْ خَرَجْت أبدًا إلا بإذْني فأنت طالِقٌ؛ لأنّ معناه أيَّ وقتَ خَرَجْت (إلا كلّما) فإنّها لِلتّكْرارِ وضْعًا واستعمالاً.

(فرع): قال: أنت طالِقٌ إنْ لم تَتَزَوَّجي فُلانًا طَلَقت حالاً كما يأتي بما فيه أو إنْ لم تتَزَوَّجي فُلانًا فأنت طالِقٌ أطلقَ جمعٌ الوُقوعَ وقال آخرون فيه دَوْرٌ فمَنْ ألغاه أوقَعَه، ومَنْ صَحَّحه لم يوقِعْه، وفي تخصيصِ الدّوْرِ بهذه نَظَرٌ بل يأتي في الأولى إذْ لا فرقَ بينهما من حيثُ المعنى على أنّ الذي يَتّجِه أنّ هذا من بابِ التعليقِ بما يَئولُ للمُحالِ الشرعيِّ؛ لأنّه حَثٌّ على تَزَوُّجِه المُحالِ قبلَ الطّلاقِ لا من الدّوْرِ فيقعُ حالاً نظيرَ الأولى فتأمّلْه، ولو حَلَفَ لَيرسِمَنّ عليه لم يتوَقّف البِرُّ على طَلَبِ التّرسيمِ عليه من حاكِمٍ على ما أفتى به بعضُهم وقال غيرُه بل يتوَقّفُ على ذلك؛ لأنّ حَقيقة التّرسيمِ تختَصُّ بالحاكِمِ، وأمّا التّرسيمُ من المُشتَكي فهو طَلَبُه، ولا يُغْني مُجَرَّدُ الشّكايةِ للحاكِمِ عن ترسيمِه، وهو أنْ يوكِّلَ به مَنْ يُلازِمُه حتى يُؤْمَنَ من هَرَبه قبلَ فصلِ الخُصومةِ، ولو حَلَفَ بالثّلاثِ أنّ زوجَ بنته ما عادَ يكونُ لها زوجًا، ولم يُطَلِّق الزوجُ عَقِبَ حَلْفِه وقَعْنَ خلافًا لِمَنْ أطلقَ وُقوعَهُنّ مُحتَجًّا بأنّ معناه إنْ بَقِيَ لها زوجًا؛ لأنّ هذا المعنى لا يُنافي ما ذكَرْته بل يُؤَيِّدُه ومَحَلُّ ذلك إنْ أرادَ انتفاءَ نِكاحِه بأنْ يُطَلِّقَها، وإلا فلا أخذًا من قولِهم: في لَست بزوجَتي أنّه كِنايةٌ ويَجْري ذلك في إنْ فعلْت كذا ما تُصْبِحين أو تَعودين لي بزوجةٍ.

ولو قال إذا طَلَّقْتُك فأنْتِ طالِقٌ ثم طَلَّقَ أو عَلَّقَ بصِفةٍ فوُجِدَتْ فَطَلْقَتانِ، أو كُلَّما وقَعَ طَلاقي فَطَلَّقَ فَثَلاثٌ في مَمسوسةٍ وفي غيرِها، طَلْقةٌ. ولو قال وتَحْتَه أربَعٌ إنْ طَلَّقْت واحِدةً فَعبدٌ حُرٌّ، وإنْ ثِنْتَيْنِ فَعبدانِ، وإنْ ثَلاثًا فَثَلاثةٌ، وإنْ أربَعًا فأربَعةٌ فَطَلَّقَ أربَعًا مَعًا أو مُرَتَّبًا عَتَقَ عَشرَةٌ، ولو عَلَّقَ بكُلَّما ....

(ولو قال) لِموطوءةٍ كما عُلِمَ بالأولى من كلامِه الآتي في كلَّما خلافًا لِمَنِ اعترَضَ عليه أنت طالِقٌ كلَّما حَلَلْت حَرُمْت وقَعَتْ واحدةٌ إلا إنْ أرادَ بتكرُّرِ الحرمةِ تكرُّرَ الطَّلاقِ فيقعُ ما نواه أو (إذا طَلَّقْتُك) أو أوقَعْت طلاقَك مثلًا (فأنت طالِقٌ ثمّ طَلَّقَ)ها بنفسِه دون وكيلِه من غيرِ عِوَضٍ بصريحٍ أو كِنايةٍ (أو عَلَّقَ) طلاقَها (بصِفة فوُجِدَتْ فطَلْقَتانِ) تَقَعانِ عليها إنْ مَلَكهما واحدةٌ بالتَّطْليقِ بالتنجيزِ أو التعليقِ بصِفة وُجِدَتْ وأخرى بالتعليقِ به؛ إذِ التعليقُ مع وجودِ الصِّفة تَطْليقٌ، وقد وُجِدا بعدَ التعليقِ الأوّلِ، ومن ثَمَّ لو عَلَّقَ طلاقَها أوّلاً بصِفة، ثمّ قال: إذا طَلَّقْتُك فأنت طالِقٌ فوُجِدَت الصِّفة لم يقع المُعَلَّقُ بالتَّطْليقِ كما أفْهَمَه قولُه: ثمّ طَلَّقَ أو عَلَّقَ؛ لأنّه لم يُحْدِث بعدَ تعليقِ طلاقِها شيئًا، ولو قال لم أُرِدْ بذلك التعليقَ بل إنّك تَطْلُقين بما أوقَعْته دُيِّنَ أمّا غيرُ موطوءةٍ وموطوءةٌ طَلَقت بعِوَضٍ وطلاقُ الوكيلِ فلا يقعُ بواحدٍ منها الطَّلاقُ المُعَلَّقُ لِبَينونَتها في الأوّلينِ ولِعدمِ وجودِ طلاقِه في الأخيرةِ فلم يقعْ غيرُ طلاقِ الوكيلِ وتنحَلُّ اليمينُ بالخُلْعِ بناءً على الأصحِّ أنّه طلاقٌ لا فسخٌ (أو) قال (كلَّما وقَعَ طلاقي) عليك فأنت طالِقٌ (فطَلَّقَ) هو أو وكيلُه (فثلاثٌ في ممسوسةٍ) ولو في الدُّبُرِ ومُستَدْخِلةٍ ماءَه المُحْتَرَمَ عندَ وجودِ الصِّفة، ولا نَظَرَ لِحالةِ التعليقِ لاقتضاءِ كلَّما التَّكْرارَ فتَقَعُ ثانيةٌ بوُقوعِ الأولى وثالِثةٌ بوُقوعِ الثانيةِ فإنْ لم يُعَبِّرْ بوقع بل بأوقَعْتُ أو بطَلَّقْتُكِ طَلَقت ثِنْتَين فقط لا ثالِثةً؛ لأنّ الثانيةَ وقَعَتْ لا أنّه أوقَعَها (وفي غيرِها) عندَما ذُكِرَ (طَلْقة)؛ لأنّها بانَتْ بالأولى.

(ولو قال وتحتَه) نِسوةٌ (أربَعٌ إنْ طَلَّقْت واحدةً) من نِسائي (فعبدٌ) من عَبيدي (حُرٌّ، وإنْ) طَلَّقْت (ثِنْتَين فعبدانِ) حُرّانِ (وإنْ طَلَّقْت ثلاثًا فثلاثةٌ) أحرارٌ (وإنْ) طَلَّقْت (أربَعًا فأربَعةٌ) أحرارٌ (فطَلَّقَ أربَعًا مَعًا أو مُرَتَّبًا عَتَقَ عَشرةٌ) واحدٌ بالأولى واثنانِ بالثانيةِ وثلاثةٌ بالثالِثةِ وأربَعةٌ بالرّابِعةِ وتعيينُ المعتقين إليه، وبحث ابنُ النَّقيبِ وجوبَ تمييزِ مَنْ يُعْتَقُ بالأولى ومَنْ بعدَها إذا طَلَّقَ مُرَتَّبًا لِيَتْبَعَهم كسبُهم من حينِ العتقِ ولو أبدَلَ الواوَ بالفاءِ أو بثُمَّ لم يُعتق فيما إذا طَلَّقَ مَعًا إلا واحدةً أو مُرَتَّبًا إلا ثلاثةٌ واحدٌ بطلاقِ الأولى واثنانِ بطلاقِ الثالِثةِ؛ لأنّها ثانيةُ الأولى، ولا يقعُ شيءٌ بالثانيةِ؛ لأنّها لم توجَدْ فيها بعدَ الأولى صِفة اثنين، ولا بالرّابِعةِ؛ لأنّه لم يوجَدْ فيها بعدَ الثالِثةِ صِفة الثلاثةِ، ولا صِفة الأربَعةِ وسائِرُ أدواتِ التعليقِ كإنْ في ذلك إلا كلَّما كما قال (ولو عَلَّقَ بكلَّما) في كلِّ مَرّةٍ أو في المرَّتَين الأولَتَين، وتصويرُهم بها في الكلِّ إنّما هو لِتجريَ الأوجُه المُقابِلةُ لِلصَّحيحِ أي من جُمْلَتها عتقُ عِشرين لكن يكفي فيه وجودُها في الثلاثةِ الأوَلِ.

(تنبية) ما هذه تُسَمَّى مَصْدَريّةً ظَرْفيّةً؛ لأنّها نابَتْ بصِلَتها عن ظَرْفِ زَمانٍ كما يَنوبُ عنه المصْدَرُ

فَخَمسةَ عَشَرَ على الصَّحيحِ. ولو عَلَّقَ بنَفْيِ فِعْلٍ فالمذْهَبُ أنّه إنْ عَلَّقَ بإنْ كإنْ لم تَدْخُلي وقَعَ عندَ اليأسِ مِن الدُّخولِ، ....

الصّريحُ والمعنى كلَّ وقتٍ فكلَّ من كلَّما مَنصوبٌ على الظّرْفيّةِ لإضافَتها إلى ما هو قائِمٌ مَقامَه ووجه إفادَتها التّكْرارَ الذي عليه الفُقَهاءُ والأُصوليّون النّظَرُ إلى عمومٍ ما؛ لأنّ الظّرْفيّةَ مُرادٌ بها العمومُ وكلَّ أكَّدَتْه.

(فخمسةَ عَشَرَ) عبدًا يُعْتقون (على الصّحيحِ)؛ لأنّ صِفة الواحدةِ تكرَّرَتْ أربعَ مَرّاتٍ؛ لأنّ كلًّا من الأربَعِ واحدةٌ في نفسِها وصِفة الثِّنْتَين لم تَتَكرَّرْ إلا مَرَّتَين؛ لأنّ ما عُدَّ باعتبارٍ لا يُعَدُّ ثانيًا بذلك الاعتبارِ فالثانيةُ عُدَّتْ ثانيةً لانضِمامِها للأولى فلا تُعَدُّ الثالِثةُ كذلك لانضِمامِها لِلثّانيةِ بخلافِ الرّابِعةِ فإنّها ثانيةٌ بالنّسبةِ لِلثّالِثةِ، ولم تُعَدَّ قبلَ ذلك كذلك وثلاثةٌ وأربَعةٌ لم تَتَكرَّرْ، وبهذا اتَّضَحَ أنّ كلَّما لا تحتاجُ إليها إلا في الأولَيَين؛ لأنّهما المُتَكرِّرانِ فقط فإنْ أتَى بها في الأولى فقط أو مع الأخيرَين فثلاثةَ عَشَرَ أو في الثاني وحدَه أو معهما فاثنا عَشَرَ، ولو قال: إنْ صَلَّيْت رَكْعةً فعبْدٌ حُرٌّ، وهَكذا إلى عَشَرةٍ عَتَقَ خمسةٌ وخمسون؛ لأنّها مجموعُ الآحادِ من غيرِ تَكْرارٍ فإنْ أتَى بكلَّما عَتَقَ سبعةٌ وثمانون؛ لأنّه تَكرَّرَ معه صِفة الواحدِ تسعًا وصِفة الاثنين أربَعًا في الرّابِعةِ والسّادِسةِ والثامِنةِ والعاشرةِ، ومجموعُها ثمانيةٌ، وصِفة الثلاثةِ مَرَّتَين في السّادِسةِ والتّاسِعةِ ومجموعُهما ستّةٌ وصِفة الأربَعةِ مَرّةً في الثامِنةِ وصِفة الخمسةِ مَرّةً في العاشرةِ وما بعدَ الخمسةِ لا يُمْكِنُ تكرُّرُه، ومن ثَمَّ لم يُشْتَرَطْ كلَّما إلا في الخمسةِ الأوَلِ، وجُمْلةُ هذه اثنانِ وثلاثون تُضَمُّ لِخمسةٍ وخمسين الواقعةِ بلا تَكْرارٍ فإنْ قال ذلك بكلَّما إلى عِشرين وصَلَّى عِشرين عَتَقَ ثلاثُمِائةٍ وتسعةٌ وثلاثون، ولا يخفى توجيهُه مِمّا تقرّر وحاصِلُه أنّ صِفة الواحدةِ وُجِدَتْ عِشرين والاثنين عَشْرًا والثلاثةِ سِتًّا والأربَعةِ خمسًا والخمسةِ أربَعًا والسِّتّةِ ثلاثًا والسّبْعةِ ثِنْتَين، وكذا الثمانيةُ والتسعةُ والعشَرةُ وما بعدَها لا تكرُّرَ فيه فيُؤْخَذُ ألفاظُ أعدادِه ويُضَمُّ مجموعُها إلى ما مَرَّ.

(ولو عَلَّقَ بنفيِ فعلٍ فالمذهبُ أنّه إنْ عَلَّقَ بإنْ كإنْ لم تَدخُلي) الدّارَ فأنت طالِقٌ أو أنت طالِقٌ إنْ لم تَدْخُلي (وقَعَ عندَ اليأسِ من الدُّخولِ) كأنْ مات أحدُهما قبلَ الدُّخولِ فيُحْكَمُ بالوُقوعِ قبلَ الموت أي إذا بَقِيَ ما لا يَسَعُ الدُّخولَ، ولا أثَرَ هنا للجُنونِ؛ لأنّ الدُّخولَ من المجنونِ كهو من العاقِلِ ولو أبانَها بعدَ تَمَكُّنِها من الدُّخولِ واستَمَرَّتْ إلى الموت، ولم يَتَّفِقْ دخولٌ لم يقعْ طلاقٌ قُبَيْلَ البيْنونةِ لانحِلالِ الصِّفة بدخولِها لو وُجِدَ هذا ما اقتضاه كلامُهما قال الإسنَويُّ: وهو غَلَطٌ، والصّوابُ وُقوعُه قُبَيْلَ البيْنونةِ كما اقتضاه كلامُهما عَقِبَ ذلك، وصرّح به في البسيطِ وأُيِّدَ بالحِنْثِ بتَلَفِ ما حَلَفَ أنّه يأكلُه غَدًا فتَلِفَ فيه قبلَ أكلِه بعدَ تَمَكُّنِه منه، وقد يُفَرَّقُ بأنّ العودَ بعدَ البيْنونةِ ممكنٌ هنا فلا يَفوتُ البِرُّ باختيارِه بخلافِه ثَمَّ، وفي إنْ لم أُطَلِّقْك فأنت طالِقٌ يحصُلُ اليأسُ بموت أحدِهما وبِنحوِ جُنونِه المُتَّصِلِ بالموت فيقعُ قُبَيْلَ الموت، ونحوِ الجُنونِ حينئذٍ أي يحنَثُ لا يبقى زَمَنٌ يُمْكِنُ أنْ يُطَلِّقَها فيه

أو بغيرِها فَعندَ مُضيِّ زَمَنٍ يُمكِنُ فيه ذلك الفِعْلُ. ولو قال أنْتِ طالِقٌ إنْ دَخَلْتِ أو أنْ لم تَدْخُلي بفَتْحِ أنْ وقَعَ في الحالِ. قُلْت: إلّا في غيرِ نَحْويٍّ فَتَعْليقٌ في الأَصَحِّ، واللَّهُ أعْلَمُ.

بخلافِ مُجَرَّدِ الجُنونِ لِتَوَقُّعِ الإفاقة والتَّطْليقِ بعدَه وبالفسخِ المُتَّصِلِ بالموت أيضًا فيقعُ قُبَيْلَ الفسخِ؛ لأنّ الفرضَ أنّه رجعيٌّ فلا يقعُ اليأسُ قُبَيْله لِلدَّوْرِ بخلافِ مُجَرَّدِ الفسخِ؛ لأنّه قد يُجَدِّدُ نِكاحَها ويُنْشِئُ فيه طلاقًا فتنحلُّ اليمينُ؛ إذْ لا يختَصُّ ما به البِرُّ والحِنْثُ هنا بحالَةِ النّكاحِ فإنْ لم يُجَدِّدْه أو جَدَّدَ، ولم يُطَلِّقْ بانَ وُقوعُه قُبَيْلَ الفسخِ.

(تنبيهٌ) ما تقرّر أنّ مَنْ عَلَّقَ بنفيِ فعلٍ كالدُّخولِ فوُجِدَ في حالِ الجُنونِ انحلَّت الصِّفة حتى لا يقعَ الطّلاقُ قُبَيْلَ نحوِ الجُنونِ لِعدمِ اليأسِ به هو ما نَقَلاه هنا عن الغزاليِّ وأقَرّاه واعتَرَضا بأنّهما ناقَضاه كالغزاليِّ في الإيلاءِ نَظَرًا إلى أنّ المجنون ليس له قصْدٌ صحيحٌ ويُرَدُّ بأنّ الوجهَ اختلافُ الملْحَظَين؛ لأنّ المدارَ هنا على ما به يتحَقَّقُ اليأسُ ومع نحوِ الجُنونِ لم يتحَقَّقْ حتى يقعَ قُبَيْله لإمكانِ فعلِ المُعَلَّقِ عليه بعدَه، ويُؤَيِّدُه ما تقرّر أنّ الدُّخولَ لو وُجِدَ، وهي بائِنٌ انحلَّت اليمينُ فلا تَطْلُقُ قُبَيْلَ البيْنونةِ فكما اعتَبَروا الصِّفة هنا مع البيْنونةِ لأجلِ مَنْعِ الوُقوعِ قبلها فكذا يُعْتَبَرُ مع نحوِ الجُنونِ لِذلك فتأمّلْه.

(أو) عَلَّقَ (بغيرِها) كإذا وسائِرِ ما مَرَّ (ف) تَطْلُقُ (عندَ مُضيِّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فيه ذلك الفعلُ) وفارَقت إنْ بأنّها لِمُجَرَّدِ الشرطِ من غيرِ إشعارٍ لها بزَمَنٍ بخلافِ البقيّةِ كإذا فإنّها ظَرْفُ زَمانٍ كمتى فتَناوَلَت الأوقاتَ كلَّها فمعنى إنْ لم تَدْخُلي إنْ فاتَك الدُّخولُ، وفَواتُه باليأسِ، ومعنى إذا لم تَدْخُلي: أيَّ وقتٍ فاتَك الدُّخولُ فوقع بمُضيِّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فيه الدُّخولُ فتَرَكته بخلافِ ما إذا لم يُمْكِنْها لإكْراهٍ أو نحوِه ويُقْبَلُ ظاهرًا قولُه أرَدْت بإذا معنى إنْ لا زَمَنًا مخصوصًا على ما اقتضاه كلامُ بعضِهم وعليه فُرِّقَ بأنّه ثَمَّ أرادَ بلفظٍ معنى لفظٍ آخرَ بينهما اجتماعٌ في الشرطيّةِ بخلافِه هنا، وفيه ما فيه وبأنّ معنى إذا أو غيرَه كالتقييدِ بزَمَنٍ قريبٍ أو بَعيدٍ؛ لأنّه غَلَّظَ على نفسِهِ.

(ولو قال: أنت طالِقٌ) إذا و (أنْ) دَخَلْت أو إذا، وأنْ (لم تَدْخُلي بفتحٍ) همزةِ (أنْ وقَعَ في الحالِ)؛ لأنّ أن المفتوحةَ ومثلُها إذْ لِلتعليلِ فالمعنى لِلدُّخولِ أو عدمِه فلم يَفْتَرِق الحالُ بين وجودِ الدُّخولِ وعدمِه كما مَرَّ في لِرِضا زَيْدٍ هذا في غيرِ التوقيت أمّا فيه فلا بُدَّ من وجودِ الشرطِ كما بحثه الزّركشيُّ، وهو ظاهرٌ؛ لأنّ اللّامَ التي هي بمعناها لِلتَّوْقيت كأنت طالِقٌ إنْ جاءَت السُّنّةُ أو البِدْعةُ أو لِلسُّنّةِ أو للبِدْعةِ فلا تَطْلُقُ إلا عندَ وجودِ الصِّفة (قُلْت إلا في غيرِ نحويٍّ)، وهو مَنْ لا يُفَرِّقُ بين إنْ وأنْ (فتعليقٌ في الأصحِّ) فلا تَطْلُقُ إلا إنْ وُجِدَت الصِّفة (واللَّه أعلمُ)؛ لأنّ الظّاهرَ قصْدُه لِلتعليقِ، ولو قال النّحويُّ: أنت طالِقٌ أنْ طَلَّقْتُك بالفتح طَلَقت طَلْقَتَين واحدةٌ بإقرارِه وأخرى بإيقاعِه بخلافِ غيرِه لا يقعُ عليه إلا واحدةٌ على المعتمدُ من اضْطِرابٍ في ذلك كذا قيلَ وليس بصحيحٍ بل قياسُ ما تقرّر أنّه تعليقٌ فإذا طَلَّقَها وقَعَتْ واحدةٌ، وكذا ثانيةٌ إنْ كان الطّلاقُ رجعيًّا ويُخالِفُ هذا التّفصيلَ

....

قولُهما في أنت طالِقٌ أنْ شاءَ اللّهَ بالفتحِ أنّه يقعُ حالاً حتى من غيرِ النّحْويِّ، وقد يُفرِّقُ بأنّ التعليلَ بالمشيئةِ يرفَعُ حكمَ اليمينِ بالكلّيّةِ فاشتُرِطَ تَحقُّقُه، وعندَ الفتحِ لم يتحقّقْ فوقع مُطْلَقًا بخلافِ التعليقِ بغيرِها فإنّه لا يرفَعُ ذلك بل يُخصِّصُه كما مَرَّ فاكتُفِيَ فيه بالقرينةِ وحاصِلُه أنّه احتيطَ لِذاكَ لِقوَّته ما لم يُحتَطْ لهذا لِضَعْفِهِ.

(فرع): لا يصحُّ تعليقُ الطّلاقِ المُعلَّقِ خلافًا لِما وقَعَ - للعِلَم - البُلْقينيِّ لِوُضوحِ أنّ ما عَلَّقَه بالشرطِ يَتعلَّقُ به وحدَه فلا يُقْبَلُ شَرِكةٌ فيه، ومن ثَمَّ قال بعضُ تَلامِذَته: لو حكم به حاكِمٌ لم ينفُذْ ولو قال إنْ فعلْت كذا طَلَّقْتُك أو طَلَّقْتُك إنْ فعلْت كذا كان تعليقًا لا وعْدًا فتَطْلُقُ باليأسِ من التّطْليقِ فإنْ نَوَى أنّها تَطْلُقُ بنفسِ الفعلِ وقَعَ عَقِبَه أو أنّه يُطلِّقُها عَقِبَه وفعلَ وقَعَ، وإلا فلا نعم، يظهرُ في إنْ أبرَأْتني طَلَّقْتُك ما جَرى عليه غيرُ واحدٍ أنّه وعْدٌ ويُفرِّقُ بأنّ مُقابَلةَ الطّلاقِ بالإبراءِ مألوفٌ شائعٌ فحُمِلَ لفظُه على ما هو المُتَبادَرُ منه، وهو الوعْدُ بخلافِه في غيرِه فإنّ قصْدَ المنْعِ أو الحثِّ المقصودِ من الشرطِ غالبًا يَصْرِفُ اللّفْظَ إليه ويمنعُه من انصِرافِه للوَعْدِ المُنافي لِذلك غالبًا، ولو قال: إنْ خَرَجْت حَصَلَ الطّلاقُ لم يقعْ به شيءٌ على ما أفتى به بعضُهم زاعِمًا أنّه غيرُ تعليقٍ، وفيه نَظَرٌ بل الذي يَتَّجِه أنّ مَحلَّه إنْ لم ينوِ به التعليقَ، وإلا وقَعَ بالخُروجِ بل لو قيلَ: إنّه صريحٌ في التعليقِ باعتبارِ معناه المُتَبادَرِ منه فلا يحتاجُ لِنيّةٍ لم يَبْعُدْ.

ولو قال: عليَّ الطّلاقُ إنْ طَلَبْت الطّلاقَ طَلَّقْتُك فإنْ قصدَ تعليقَ طلاقِها بطَلَبِها فطلبتْه فأبى طَلَقت، وإنْ لم يقصِدْ ذلك بل إنّه يُطلِّقُها عَقِبَ طَلَبِها فلم يَفْعَلْ فكذلك أو بعدَ طَلَبِها لم تَطْلُقْ إلا باليأسِ، ولو قال: هي طالِقٌ إنْ لم أو إلا أنْ أو بشرطِ أنْ أو على أنْ لا تَتزوَّجَ بفُلانٍ طَلَقت ولَغا ما شَرَطَه ذكرَه ابنُ أبي الصّيْفِ والعامِرِيُّ والأزْرَقُ وغيرُهم كعبدِ اللّه بن عُجَيْلٍ ونَقَله عن مَشايِخِه وقاسَه العامِرِيُّ على أنت طالِقٌ على أنْ لا تحتجبي عَنّي وغيرُه على إنْ لم تصعَدي السّماءَ فأنت طالِقٌ بجامِعِ استحالةِ البِرِّ إذْ لا يُمْكِنُها التّزَوُّجُ به، وهي زوجةٌ وعندَ استحالَته يقعُ حالاً وقيلَ عندَ اليأسِ وخالفَهم النّورُ الأصبَحيُّ فأفتى بأنّها لا تَطْلُقُ إلا بفَوات الصِّفة بموت الزوجةِ أو المحلوفِ عليه، وعن الإمامِ أحمَدَ بنِ موسَى بنِ عُجَيْلٍ ما يوافِقُه فإنّه أفتى في أنت طالِقٌ إنْ لم ترجِعي لِزوجِك الأوّلِ بأنّها لا تَطْلُقُ رجعتْ إليه أم لا والأوّلُ أوجَه زاد الأزْرَقُ وعليه متى تَزَوَّجَتْ به لَزِمَها للمُعلِّقِ مهرُ المثلِ قياسًا على ما في البحرِ.

وأقرَّه ابنُ الرِّفعةِ أنّه لو أوصَى بإعتاقِ أمَته بشرطِ أنْ لا تَتزوَّجَ عَتَقت فإنْ تَزَوَّجَتْ صَحَّ، ولَزِمَها قيمَتُها، ولا يُقالُ: هذه مملوكةٌ؛ لأنّ البُضْعَ مُستَحَقٌّ له أيضًا فإذا فوَّتَتْه أي بفَوات شرطِه لَزِمَها عِوَضُه، وهو مهرُ مثلِها انتهى، وفيه نَظَرٌ، والفرقُ واضِحٌ فإنّه عُهِدَ تأثيرُ شُروطِ السّيِّدِ فيما بعدَ العتقِ كـ أنْ تخدُمَ ولَدَه أو فُلانًا سنةً بخلافِ شُروطِ الزوجِ، وسِرُّه أنّ العتقَ إحسانٌ فمُكِّنَ من اشتراطِ ما

فَصْلٌ

عَلَّقَ بحَملٍ فإنْ كان حَملٌ ظاهِرٌ وقَعَ، وإلّا فإنْ ولَدَتْ لِدونِ سِتّةِ أشْهُرٍ مِن التَّعْليقِ بانَ وُقوعُه، ....

ينفَعُه بعدَه، ولا كذلك الطّلاقُ فتأمّلْه، ولو قال: إنْ كلَّمْت رجلًا وأطلقَ شَمِلَ المحارِمَ كما نُقِلَ عن الأصحابِ، وقضيّةُ ما في الروضةِ في إنْ رأيت من أختي شيئًا، ولم تُخْبِريني به من أنّه يُحْمَلُ على موجِبِ الرِّيبةِ أنْ يُحْمَلَ ما هنا على الأجانِبِ، ومن ثَمَّ استَشْكَلَ الأزْرَقُ الأوّلَ بأنّه يُعْلَمُ بالعادةِ أنّ المُرادَ الأجنَبيُّ.

ولو قال: إنْ لم أخرُجْ من هذه البلدةِ بَرَّ بوُصولِه لِما يَجوزُ القصْرُ فيه، وإنْ رجع حالاً نعم، قال القاضي في إنْ لم أخرُجْ من مَرْوَرّوذِ لا بُدَّ من خُروجِه من جميعِ القُرى المُضافة إليها انتهى، وكأنّه؛ لأنّ مَرْوَرّوذِ اسمٌ للجميعِ.

ويقعُ من كثيرين لا عليَّ الطّلاقُ ما تفعَلين كذا وعُرْفُهم أنّهم يستعمِلونَه لِتأكيدِ النّفْيِ فلا داخِلةٌ تقديرًا على فعلٍ يُفَسِّرُه الفعلُ المذكورُ أي لا تفعَلينَه عليَّ الطّلاقُ ما تفعَلينَه فيقعُ بفعلِها له، وإنْ لم يقصِدْ ذلك التّأكيدَ عَمَلاً بمَدْلولِ اللّفْظِ في عُرْفِهِمْ.

فصل في أنواعٍ من التعليقِ بالحملِ والوِلادةِ والحيضِ وغيرِها

إذا (عَلَّقَ) الطّلاقَ (بحملٍ) كإنْ كُنْت حامِلًا فأنت طالِقٌ (فإنْ كان بها حملٌ ظاهرٌ) بأن ادّعَتْه وصَدَّقَها أو شَهِدَ به رجلانِ بناءً على أنّه يُعْلَمُ، وهو الأصحُّ فلا تَكْفي شَهادةُ النّسوةِ به كما لو عَلَّقَ بوِلادتِها فشَهِدْنَ بها لم تَطْلُقْ، وإنْ ثَبَتَ النّسَبُ والإرثُ؛ لأنّه من ضَروريّات الوِلادةِ بخلافِ الطّلاقِ نعم، قياسُ ما مَرَّ أوّلَ الصوم أنّهُنّ لو شَهِدْنَ بذلك وحكم به ثم عَلَّقَ به وقَعَ الطّلاقُ ثم الأصحُّ عندَهما أنّه إذا وُجِدَ ذلك (وقَعَ) حالاً لِوجودِ الشرطِ واعتَرَضا بأنّ الأكثرين على أنّه يُنْتَظَرُ الوضْعُ؛ لأنّ الحملَ، وإنْ عُلِمَ لا يُتَيَقَّنُ ويُرَدُّ بأنّ لِلظّنِّ المُؤَكَّدِ حكمَ اليقينِ في أكثرِ الأبوابِ، وكونُ العِصْمةِ ثابِتةً بيقينٍ لا يُؤَثِّرُ في ذلك؛ لأنّهم كثيرًا ما يُزيلونَها بالظّنِّ الذي أقامَه الشّارِعُ مَقامَ اليقينِ ألا ترى أنّه لو عَلَّقَ بالحيضِ وقَعَ بمُجَرَّدِ رُؤْيةِ الدّمِ كما يأتي حتى لو ماتَتْ قبلَ مُضيِّ يومٍ وليلةٍ أُجْرِيَتْ عليها أحكامُ الطّلاقِ كما اقتضاه كلامُهم.

وإن احتَمَلَ كونَه دَمَ فسادٍ (وإلا) يظهرْ حملٌ حَلَّ له الوطءُ؛ لأنّ الأصلَ عدمُ الحملِ نعم، يُنْدَبُ تركُه حتى يستبرِئَها بقُرءٍ احتياطًا (فإنْ ولَدَتْ لِدونِ ستّةِ أشهرٍ) أو لِستّةِ أشهرٍ فقط بناءً على اعتبارِ لَحْظةٍ للعُلوقِ ولَحْظةٍ للوَضْعِ فتكونُ السّتّةُ حينئذٍ مُلْحَقة بما دونَها.

(من التعليقِ) أي من آخِره أخذًا مِمّا مَرَّ في أنت طالِقٌ قبلَ قُدومِ زَيْدٍ بشهرٍ (بأنْ وُقوعُه) لِتَحْقيقِ وجودِ الحملِ حين التعليقِ لاستحالةِ حُدوثِه لِما مَرَّ أنّ أقلَّه ستّةُ أشهرٍ ونِزاعُ ابنِ الرِّفعةِ فيه بأنّ السّتّةَ مُعتَبَرةٌ لِحياتِه لا لِكمالِه؛ لأنّ الرّوحَ تُنْفَخُ فيه بعدَ الأربَعةِ كما في الخبرِ مَرْدودٌ بأنّ لفظَ الخبرِ «ثُمّ

أو لأكْثَرَ من أربَعِ سِنينَ أو بينهما ووُطِئَتْ وأمكَنَ حُدوثُه به فلا، وإلّا فالأَصَحُّ وُقوعُهُ.

يأمُرُ اللّه الملَك فينفُخُ فيه الرّوحَ»(١) وثُمَّ تقتَضي تَراخيَ النّفْخِ عن الأربَعةِ من غيرِ تعيينِ مُدّةٍ له فأُنيط بما استنبَطَه الفُقَهاءُ من القُرآنِ أنّ أقَلَّ مُدّةِ الحملِ ستّةُ أشهرٍ (أو) ولَدَتْه (لأكثرَ من أربَعِ سِنين) من التعليقِ وُطِئَتْ أم لا (أو بينهما) أي السِّتّةِ والأربَعِ سِنين (ووطِئَتْ) بعدَ التعليقِ أو معه من زوجٍ أو غيرِه (وأمكنَ حُدوثُه به) أي بذلك الوطءِ بأنْ كان بينه وبين وضْعِه ستّةُ أشهرٍ (فلا) طلاقَ فيهما للعلمِ بعدمِه عندَ التعليقِ في الأولى ولِجوازِ حُدوثِه في الثانيةِ من الوطءِ مع أصلِ بَقاءِ العِصْمةِ (وإلا) توطَأْ بعدَ التعليقِ أو وُطِئَتْ وولدتْ لِدونِ ستّةِ أشهرٍ من الوطءِ (فالأصحُّ وُقوعُه) لِتَبيُّنِ الحملِ ظاهرًا ولهذا ثَبَتَ نَسَبُه منه، وقولُ ابنِ الرِّفعةِ ينبغي الجزمُ بالوُقوعِ باطِنًا إذا عُرِفَ أنّه لم يَطَأْها بعدَ الحلِفِ مَرْدودٌ بأنّه ظَنّ أنّ التعليقَ على أنّ الحملَ منه وليس كذلك بل على مُطَلَّقة منه أو من غيرِه كما يقتضيه المتنُ.

(تنبيهٌ) ما ذكَرْته في السُّتّةِ من إلحاقِها بما دونَها لأنّه لا بُدَّ معها من زيادةِ لَحْظةٍ هو ما انتصر له الإسنَويُّ وغيرُه أخذًا من قولِهم: في العِدَدِ لا بُدَّ من لَحْظةٍ للعُلوقِ ولَحْظةٍ للموضِعِ وما فُسِّرَتْ به ضَميرٌ بينهما المقتضي لإلحاقِ الأربَعِ بما فوقَها هو ما اعتمده ابنُ الرِّفعةِ والأذرَعيُّ والزّركشيُّ وغيرُهم ووَجَّهوه بأنّها إذا أتَتْ به لأربَعٍ من الحلِفِ تَبيَّنّا أنّها لم تكن عندَ الحلِفِ حامِلًا، وإلا زادتْ مُدّةُ الحملِ على أربَعِ سِنين، وأمّا ما مَشَى عليه شيخُنا هنا في شرحِ مَنْهَجِه من إلحاقِ السِّتّةِ بما فوقَها والأربَعِ بما دونَها فهو، وإن اقتضاه ظاهرُ كلامِ الشيخينِ هنا لَكِنّ بعضَه مَبنيٌّ على ما مَرَّ له في الوصيّةِ، وقد مَرَّ رَدُّه، وأنّ العبرةَ في غيرِ الوصيّةِ بالغالِبِ فما صرحوا فيه باللّحْظةِ واضِحٌ، وما سكتوا عنها فيه يُحْمَلُ كلامُهم على أنّهم أرادوها بقَرينةِ ذكرَها في نظيرِ ما سكتوا عنها فيه، ويوَجَّه النّظَرُ للغالِبِ هنا بأنّ مَدارَ التّعاليقِ حيثُ لا لُغةَ مُنْضبِطةٌ على العُرْفِ، وأهلُه إنّما يعتبرون ما يَغْلِبُ وُقوعُه دون ما ينذُرُ.

فإنْ قُلْت: حَكموا في توأمٍ بينه وبينَ الأوّلِ ستّةُ أشهرٍ بأنّه حملٌ آخرُ، ولم يُقَدِّروا لَحْظةً، وهذا يُؤَيِّدُ ما هنا قُلْت لا يُؤَيِّدُه بل هو محمولٌ عليه لِما قرَّرْته على أنّ ابنَ الرِّفعةِ استَشْكله بأنّ كونَه حملًا آخرَ يتوَقَّفُ على وطْءٍ بعدَ وضْعِ الأوّلِ فإذا وضَعَتْ لِستّةِ أشهرٍ من وضْعِ الأوّلِ يسقُطُ منها ما يَسَعُ الوطءَ فيكونُ الباقي دون ستّةِ أشهرٍ، وأجابَ عنه شيخُنا بأنّه يُمْكِنُ تصويرُه باستدخالِ المنيِّ حالَ وضْعِ الأوّلِ قال: وتقييدُهم بالوطءِ في قولِهم يُعْتَبَرُ لَحْظةٌ للوَطْءِ جَرى على الغالِبِ والمُرادُ الوطءُ أو استدخالُ المنيِّ الذي هو أولى بالحكم هنا بل يُقالُ يُمْكِنُ الوطءُ حالةَ الوضعِ انتهى، وسَأذكُرُ في العِدَدِ ما يَرُدُّه، والحاصِلُ أنّ الذي يَتَّجِه أنّه لا بُدَّ هنا من النّظَرِ للغالِبِ بالنّسبةِ لِلسِّتّةِ والأربَعِ وأنّ مَنْ أطلَقَ إلحاقَ السِّتّةِ أو الأربَعِ بالدّونِ عَدًّا لِلَحْظةِ منها أو بالفوقِ لم يَعُدَّها منها مع اعتبارِها فلا خلافَ

(١) [صحيح] وهو جزء من حديث أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٣٠٣٦]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ٢٦٤٣]، وغيرهما من حديث: عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

وإنْ قال: إنْ كُنت حامِلاً بذكَرٍ فَطَلْقةً أو أُنْثى فَطَلْقتَيْنِ فَوَلَدَتْهما وقَعَ ثَلاثٌ. أو إنْ كان حَملُك ذَكرًا فَطَلْقةً أو أُنثى فَطَلْقَتَيْنِ فَوَلَدَتْهما لم يَقَعْ شَيْءٌ أو إنْ ولَدْت فأنْتِ طالِقٌ فَوَلَدَت اثْنَيْنِ مُرَتَّبًا طَلُقَتْ بالأوَّلِ، وانْقَضَتْ عِدَّتُها بالثّاني. وإنْ قال: كُلَّما ولَدْت فَوَلَدَتْ ثَلاثةً من حَملٍ وقَعَ بالأَوَّلَيْنِ طَلْقَتانِ وانْقَضَتْ بالثّالِثِ، ولا يَقَعُ به ثالِثةٌ على الصّحيحِ.

في المعنى ويُؤَيِّدُ ما ذكرْته من النّظَرِ للغالِبِ أنّهم لم يعتبروا هنا إمكان استدخالِها المنيَّ، وإنّما فصَّلوا بين وُقوعِ الوطءِ وعدمِه بالفعلِ فاقتضى أنّه لا نَظَرَ لِذلك لِنُدْرةِ الحملِ منه جِدًّا.

(**وإنْ قال إنْ كُنت حامِلًا بذكرٍ**) أو إنْ كان ببَطْنِك ذكرٌ (**فـ**) أنت طالِقٌ (**طَلْقة أو**) هي بمعنى الواوِ؛ لأنّ الفرضَ أنّه جمعٌ بين التعليقَين كما يُعْلَمُ من آخِرِ كلامِه إنْ كُنْت حامِلًا بحملٍ (**أنثى**) أو إنْ كان ببَطْنِك أنثى (**فـ**) أنت طالِقٌ (**طَلْقَتَين فولدتهما**) أي ذكرًا وأنثى، وإنْ كان عندَ التعليقِ نُطْفة، ووَصْفُها حينئذٍ بالذُّكورةِ أو الأُنوثةِ صحيحٌ؛ لأنّ التّخْطيطَ يُظْهِرُ ما كان كامِنًا في النُّطْفة مَعًا أو مُرَتَّبًا وبينهما دونَ ستّةِ أشهرٍ (**وقَعَ ثلاثٌ**) لِتَحَقُّقِ الصِّفَتَين كما لو عَلَّقَ بكلامِها لِرجلٍ وبه لأجنَبِيٍّ وبه لِطَويلٍ فكلّمت مَنْ فيه الصِّفاتُ الثلاثُ، وكما يأتي في رُمّانةٍ ونصفِ رُمّانةٍ فإنْ ولَدَتْ لأحَدِهِما فما عَلَّقَ به أو خُنْثَى فطَلَّقَه حالاً وتوقَفُ الثانيةُ لاتِّضاحِه وتنقَضي العِدّةُ في الكلِّ بالوِلادةِ؛ لأنّها طَلُقت باللّفْظِ بخلافِه فيما يأتي في إنْ ولَدْت.

وعن ابنِ القاصِّ لو كان أحدُهما خُنثَى أُمِرَ برَجْعَتها واجتنابِها حتى يَتَّضِحَ انتهى، ويظهرُ أنّ أمرَه باجتنابِها نَدْبٌ لا واجبٌ؛ لأنّ الأصلَ الحِلُّ وعدمُ وُقوعِ الثلاثِ (**أو**) قال (**إنْ كان حملُك**) أو ما في بَطْنِك (**ذكرًا فطَلْقة أو**) بمعنى الواوِ نظيرُ ما مَرَّ (**أنثى فطَلْقَتَين فولدتْهما لم يقعْ شيءٌ**)؛ لأنّ الصّيغةَ تقتَضي الحصْرَ في أحدِهِما فمعهما لم يحصُل الشرطُ ولو تعدَّدَ الذّكرُ أو الأنثى وقَعَ ما عَلَّقَ به؛ لأنّ المفهومَ من ذلك الحصْرُ في الجنسِ لا الوحدةُ، ولو ولَدَتْ خُنْثَى وحدَه فكما مَرَّ أو مع ذكرٍ وبانَ ذكرًا فطَلْقة أو أنثى فلا طلاقَ أو مع أنثى وبانَ أنثى فطَلْقَتَين أو ذكرًا فلا طلاقَ. (**أو**) قال (**إنْ ولَدْت فأنت طالِقٌ**) طَلُقت بوِلادةِ ما يَثْبُتُ به الاستيلادُ مِمّا يأتي في بابه بشرطِ انفصالِ جميعِه فلو انفَصَلَ بعضُه ومات أحدُ الزوجَين قبلَ انفصالِ كلِّه لم يقعْ شيءٌ وإذا عَلَّقَ بذلك (**فولدت اثنين مُرَتَّبًا طَلُقت بالأوّلِ وانقضت عِدَّتُها بالثاني**) إنْ كان بين وضعِه ووَضْعِ الأوّلِ دون ستّةِ أشهرٍ، وكذا إنْ كان من حملٍ آخرَ بأنْ وطِئَها بعدَ وِلادةِ الأوّلِ، وأتَتْ بالثاني لأربَعِ سِنين فأقَلَّ أمّا لو ولَدَتْهما مَعًا فيقعُ الطّلاقُ بأحدِهِما، ولا تنقَضي العِدّةُ بالآخرِ بل تَشْرَعُ فيها من وضعِهِما. (**وإنْ قال كلَّما ولَدْت**) ولَدًا فأنت طالِقٌ (**فولدتْ ثلاثةً من حملٍ**) واحِدٍ مُرَتَّبين (**وقَعَ بالأوّلين طَلْقَتانِ**) عَمَلًا بقضيّةِ كلَّما (**وانقضت**) عِدَّتُها (**بالثالِثِ**) لِتَبَيُّنِ براءةِ الرّحِمِ (**ولا يقعُ به ثالِثةٌ**) أو ولَدَت اثنين مُرَتَّبًا فواحدةٌ بالأوّلِ وانقضت عِدَّتُها بالثاني، ولا يقعُ به ثانيةٌ (**على الصّحيحِ**) لِما مَرَّ أنّه لا يقعُ به إلا عندَ تمامِ انفِصالِه، وهو وقتُ انقضاءِ العِدّةِ لِبراءةِ الرّحِمِ به، ومُقارَنةُ الوُقوعِ لانقضائِها مُتعذِّرٌ؛ إذْ لا عِصْمةَ حينئذٍ ولهذا لو قال:

ولو قال لأربَعٍ كُلَّما ولَدَتْ واحِدةٌ فَصَواحِبُها طوالِقُ فَوَلَدْنَ مَعًا طَلُقْنَ ثَلاثًا ثَلاثًا أو مُرَتَّبًا طَلُقَت الرّابِعةُ ثَلاثًا، وكذا الأولَى إنْ بَقيَتْ عِدَّتُها، والثّانيةُ طَلْقةً، والثّالِثةُ طَلْقَتَيْنِ وانقَضَتْ عِدَّتُهما بولادَتِهما، وقيلَ لا تَطْلُقُ الأولَى، وتَطْلُقُ الباقياتُ طَلْقةً طَلْقةً، وإنْ ولَدَتْ ثِنْتانِ مَعًا ثم ثِنْتانِ مَعًا طَلُقَت الأولَيانِ ثَلاثًا ثَلاثًا، وقيلَ طَلْقةً، والأُخْرَيانِ طَلْقَتَيْنِ طَلْقَتَيْنِ.

أنت طالِقٌ مع موتي لم يقعْ ولو قال لِغيرِ موطوءةٍ إذا طَلَّقْتُك فأنت طالِقٌ فطلَّقَها لم يقع المُعَلَّقة لِمُصادَفَتِها البيْنونةَ ولو ولَدَتْ أربَعةً كذلك طَلُقت ثلاثًا وانقضت عِدَّتُها بالرّابِعِ أمّا لو ولَدَتْهم مَعًا فيقعُ الثلاثُ وتعتَدُّ بالأقراءِ فإنْ لم يَقُلْ هنا ولَدًا ونَواه فكذلك، وإلا وقَعَتْ واحدةٌ فقط.

(ولو قال لأربَعٍ) حَوامِلَ (كلَّما) وكذا أي على ما جَرى عليه جمعٌ لَكِنّ الأوجَهَ اختصاصُ الأحكامِ الآتيةِ بكلَّما دون غيرِها ولو أي لأنّها، وإنْ أفادَت العمومَ لا تُفيدُ التّكرارَ ولِذلك تَتِمّةٌ في شرحِ الإرشادِ (ولَدَتْ واحدةٌ) منكُنّ (فصَواحِبُها طَوالِقُ فوَلَدْنَ مَعًا) أو ثلاثٌ مَعًا ثمّ الرّابِعةُ، وقد بَقيَتْ عِدَّتُهُنّ إلى وِلادَتِها (طَلُقْنَ ثلاثًا ثلاثًا)؛ لأنّ لِكلِّ واحدةٍ ثلاثَ صَواحِبَ فيقعُ بوِلادةِ كلٍّ على مَنْ عداها طَلْقة طَلْقة لا على نفسِها ويعتَدِدْنَ جميعًا بالأقراءِ إلا الرّابِعةَ في الصّورةِ الثانيةِ فبالوضْعِ وكرَّرَ ثلاثًا لِئَلّا يُتَوَهَّمَ أنّه لِمجموعِهِنّ (أو) ولَدْنَ (مُرَتَّبًا طَلُقت الرّابِعةُ ثلاثًا) بوِلادةِ كلٍّ من الثلاثِ طَلْقة وانقضت عِدَّتُها بوِلادَتِها (وكذا الأولى) تَطْلُقُ ثلاثًا (إنْ بَقيَتْ عِدَّتُها) عندَ وِلادةِ الرّابِعةِ؛ لأنّه وُلِدَ بعدَها ثلاثٌ، وهي فيها.

والطّلاقُ الرّجْعيُّ لا ينفي الصُّحْبةَ والزوجيّةَ إذْ لو حَلَفَ بطلاقِ نِسائِه أو زوجاته أو طَلَّقَهُنّ دخلتْ فيهنّ وتعتَدُّ بالأقراءِ، ولا تَستأنِفُ لِلطَّلْقة الثانيةِ والثالِثةِ بل تبني على ما مَضى من عِدَّتها (و) طَلُقت (الثانيةُ طَلْقة) بوِلادةِ الأولى (و) طَلُقت (الثالِثةُ طَلْقَتين) بوِلادةِ الأولى والثانيةِ (وانقضت عِدَّتُهما بوِلادَتِهما) فلا يَلْحَقُهما طلاقٌ من بعدِهما ما لم يَلِدا توأمَين ويتأخَّرْ ثانيهما لِوِلادةِ الرّابِعةِ فتَطْلُقانِ ثلاثًا ثلاثًا وسيذكرُ أنّ شرطَ انقضاءِ العِدّةِ بالولدِ لُحوقُه بالزوجِ (وقيلَ لا تَطْلُقُ الأولى وتَطْلُقُ الباقياتُ طَلْقة طَلْقة)؛ لأنّ مَنْ عَلَّقَ طلاقَهُنّ بوِلاتها خَرَجْنَ عن كونِهِنّ صَواحِبَ لها ويَرِدُ، وإنْ قيلَ عليه الأكثرون بمَنْعِ ما عُلِّلَ به كما مَرَّ.

(وإنْ ولَدْنَ ثِنْتانِ مَعًا ثم ثِنْتانِ مَعًا) وعِدّةُ الأوّلينِ باقيةٌ (طَلُقت الأولَيانِ ثلاثًا ثلاثًا) واحدٌ بوِلادةِ مَنْ معها وثِنْتانِ بوِلادةِ الأخيرَتَين أمّا إذا لم تبقَ عِدّةُ الأولَيَين لِوِلادةِ الأخيرَتَين فلا يقعُ على مَنِ انقضت عِدَّتُها إلا طَلْقة (وقيلَ) تَطْلُقُ كلٌّ منهما (طَلْقة) بناءً على الضّعيفِ السّابِقِ (و) طَلُقت (الأخرَيانِ طَلْقَتين طَلْقَتين) بوِلادةِ الأولَيَين، ولا يقعُ على كلٍّ منهما بوِلادةِ مَنْ معها شيءٌ لانقضاءِ عِدَّتَيْهما بوِلادَتِهما.

وإنْ ولَدْنَ ثِنْتانِ مُرَتَّبًا ثمّ ثِنْتانِ مَعًا طَلُقت الأولى ثلاثًا والثانيةُ طَلْقة والأخرَيانِ طَلْقَتَين طَلْقَتَين أو ثِنْتانِ مَعًا ثمّ ثِنْتانِ مُرَتَّبًا طَلُقت الأولَيانِ والرّابِعةُ ثلاثًا ثلاثًا والثالِثةُ طَلْقَتَين أو واحدةٌ ثمّ ثلاثًا مَعًا طَلُقت الأولى ثلاثًا ومَنْ بعدَها طَلْقة طَلْقة أو واحدةٌ ثمّ اثنتانِ مَعًا ثمّ واحدةٌ طَلُقت الأولى والرّابِعةُ ثلاثًا

وَتُصَدَّقُ بيَمينِها في حَيْضِها إذا عَلَّقَه به، ....

ثلاثًا والثانيةُ والثالِثةُ طَلْقة طَلْقة وتَبينُ كلٌّ منهما بولادَتها والتعليقُ بالحيضِ أو برُؤْيةِ الدّمِ يقعُ الطّلاقُ فيه برُؤْيةِ أو علم أوّلِ دَم يَطْرَأُ بعدَ التعليقِ ويُمْكِنُ كونُه حيضًا ثمّ إن انقَطَعَ قبلَ أقَلِّه بانَ أنْ لا طلاقَ ومَرَّ أنّها لو ماتتْ بعدَ رُؤْيَته وقبلَ يوم وليلةٍ وقَعَ عَمَلًا بالظّاهرِ وكالحيضِ فيما ذُكِرَ أنّه في التعليقِ لا بُدَّ من ابتدائِه، ولا تَكْفي استدامته الطُّهْرَ وسائِرَ الأوصافِ قال في أصلِ الروضةِ إلا أنّه سيأتي في كِتابِ الأيمانِ أنّ استدامةَ الرُّكوبِ واللُّبْسِ لُبْسٌ ورُكوبٌ فلْيكن كذلك في الطّلاقِ انتهى. وقضيّتُه أنّه يأتي هنا التّفصيلُ الآتي ثمّ إنّ ما يُقَدَّرُ بمُدّةٍ تكونُ استدامَتُه كابتدائِه وما لا فلا لَكِنّ قضيّةَ فرَّقَ المُتَولّي بين الرُّكوبِ والحيضِ بأنّ استدامةَ الرُّكوبِ باختيارِها بخلافِ استدامةِ الحيضِ أنّه لا يأتي هنا ذلك التّفصيلُ وأنّه لا تكونُ هنا الاستدامةُ كالابتداءِ إلا في الاختياريِّ لا غيرُ وكأنّ هذا هو مُرادُ البُلْقينيِّ بقولِه الأقوى في الفرقِ أنّ نحوَ الحيضِ مُجَرَّدُ تعليقٍ لا حَلِفَ فيه أي؛ لأنّه ليس باختيارِها فعمِلْنا بقضيّةِ أداةِ التعليقِ من اقتضائِها إيجادَ فعلٍ مُستأنَفٍ والاستدامةُ ليستْ كذلك بخلافِ نحوِ الرُّكوبِ فإنّ التعليقَ به يُسَمّى حَلِفًا أي؛ لأنّه باختيارِها فأمْكنَ فيه الحثُّ والمنعُ فأتَى فيه تفصيلُ الحلِفِ أنّ استدامَتَه كابتدائِه، وله فرقٌ آخرُ يوافِقُ إطلاقَ الأصحابِ أنّ الاستدامةَ هنا ليستْ كالابتداءِ مُطْلَقًا لَكِنّ كلامَ أصلِ الروضةِ المذكورَ يُخالِفُ هذا فمن ثَمَّ كان الأوجه فرقَه الأوّلَ والحَقَ بذلك مَنْ حَلَفَ لا يُسافِرُ لِبَلَدِ كذا فيحنَثُ ظاهرًا بمُفارَقَته لِعُمْرانِ بَلَدِه قاصِدًا السّفَرَ إليها ثمّ إنْ لم يَصِلْ إليها بانَ أنْ لا طلاقَ، وقد يُفَرَّقُ بأنّ الغالِبَ في الدّمِ في زَمَنِ إمكانِه أنّه حيضٌ، ولا كذلك السّفَرُ على أنّ الذي يَتّجِه في صورَته أنّه لا يقعُ إلا عندَ بُلوغِ البلَدِ إذْ لا يُسَمّى مُسافِرًا إليها إلا حينئذٍ بخلافِه في مسألَتنا فإنّه بمُضيِّ يومٍ وليلةٍ يتبَيَّنُ وُقوعُه من أوّلِ الحيضِ وحينئذٍ فلا جامِعَ بين المسألَتَين فإنْ عَلّقَ به في أثنائِه لم يقعْ حتّى تَطْهُرَ ثمّ يَبْتَدِئَها الحيضُ فإنْ قال حيضةً لم تَطْلُقْ إلا بتمامِ حيضةٍ آتيةٍ بعدَ التعليقِ، (وتُصدَّقُ) المرأةُ (بيَمينِها في حيضِها)، وإنْ خالَفت عادَتَها (إذا علّقَها) أي طلاقَها (به) أي الحيضِ فادَّعَتْه وكذَّبها؛ لأنّها مُؤْتَمَنةٌ عليه لكن لِتُهْمَتها فيه لِنحوِ كراهةِ الزوجِ حَلَفت وسيأتي ما يُعْلَمُ منه أنّ هذا لا يُخالِفُ القاعِدةَ المُشارَ إليها فيما يأتي وحاصِلُها أنّه متى عَلّقَ بوجودِ شيءٍ يُمْكِنُ إقامةُ الزوجةِ البيِّنةَ عليه فادَّعَتْه وأنكر صُدِّقَ بيَمينِه أو بنفيِه فادَّعَى وجودَه وأنكرتْ فإنْ لم يَتعلَّقْ بفعلِه وفعلِها كأنْ لم يدخلْ زَيْدٌ الدّارَ صُدِّقَ أيضًا لأصلِ بَقاءِ النّكاحِ، وإنْ كان الأصلُ عدمَ الفعلِ كذا نَقَله بعضُهم عن المُصَنِّفِ وسيأتي عنه تَناقُضٌ فيه، وإنْ تعلَّقَ بأحدِهما فإنْ لم يُعْرَفْ إلا من جِهةِ صاحِبه غالِبًا كالحُبِّ والنّيّةِ صُدِّقَ صاحِبُه بيَمينِه أي في وجودِه وعدمِه كما هو ظاهرٌ، ومنه كما في الكافي أنْ يُعَلِّقَ بضَرْبه لها فضرب غيرَها فأصابها وادَّعَى أنّه إنّما قصَدَ غيرَها فيُصَدَّقُ بيَمينِه؛ لأنّه أعلمُ بقَصْدِه بل لا يُمْكِنُ علمُه من غيرِه لكن نَقْلًا عن البغَويِّ كما يأتي في الأيمانِ بزيادةٍ أنّه لا يُقْبَلُ كما تَلْزَمُه الدّيةُ، وإنْ قال ذلك. وله احتمالٌ بالقبولِ، وهو أقوى مُدْرَكًا، ولا حُجّةَ في لُزومِ الدّيةِ؛ لأنّ بابَ الضّمانِ أوسَعُ إذْ

لا في وِلادَتِها في الأصَحِّ. ولا تُصدَّقُ فيه في تَعْليقِ غيرِها ....

لا يتوَقَّفُ على قصْدٍ، ولا اختيارٍ بخلافِ ما هنا قال بعضُ المُتأخِّرين ويَتعيَّنُ الجزمُ به عندَ القرينةِ بصِدْقِه نظيرَ ما في الروضةِ وغيرِها أنّه لو أفتى فقيهٌ عامّيًا بطلاقٍ فأقَرَّ به ثمّ بانَ خطأُ الفقيه لم يُؤاخَذْ بذلك الإقرارِ للقَرينةِ فإنّه إنّما بَناه على ظَنِّ الوُقوعِ المعذورِ به، وإنْ عُرِفَ من خارجٍ كإنْ لم أُنْفِقْ عليك اليومَ فسيأتي آخِرَ هذا الفصلِ ومتى لَزِمَه اليمينُ فنَكلَ هو أو وارِثُه حَلَفت هي أو وارِثُها وطَلُقت، وفيما إذا عَلَّقَ بما لا يُعْلَمُ إلا من الغيرِ كمَحَبَّته أو عدمِها فادَّعاه الزوجُ وأنكر الغيرُ حَلَفت هي لا الغيرُ قال البُلْقينيُّ وأخطأَ مَنْ حَلَّفَه؛ لأنّه نظيرُ ما ذكروه فيمَنْ عَلَّقَ طلاقَها بحيضِ غيرِها أي من حيثُ إنّ الغيرَ لا يحلِفُ (لا في وِلادَتها) فلا تُصَدَّقُ فيها إذا عَلَّقَ طلاقَها بها فادَّعَتْها وقال بل الولدُ مُستعارٌ (في الأصَحِّ) كسائرِ الصِّفات الظّاهرةِ لِسُهولةِ إقامةِ البيِّنةِ عليها بخلافِ الحيضِ فإنّ قيامَها به مُتعسِّرٌ إذِ الدّمُ المُشاهَدُ يُحتَمَلُ كونُه دَمَ استحاضةٍ، وهو مُرادُهما هنا بتعذُّرِه فلا يُنافي قولَهما في الشّهادات تُقْبَلُ الشّهادةُ به فإنْ قُلْت: الذي مَرَّ في القاعِدةِ أنّ ما يُمْكِنُ إقامةُ البيِّنةِ به لا يُصَدَّقُ مُدَّعيه كالزِّنا فأيُّ فرقٍ بينه وبين الحيضِ فإنّ كلًّا يُمْكِنُ إقامةُ البيِّنةِ به مع التّعَسُّرِ بل رُبَّما يُقالُ إنّها بالزِّنا أعسَرُ منها بالحيضِ.

ومن ثَمَّ قيلَ لم يَثبُت الزِّنا قطُّ ببيِّنةٍ قُلْت: يُفرَّقُ بأنّ الحيضَ مع مُشاهَدةِ خُروجِه من الفرَجِ يشتَبِه بالاستحاضةِ من كلِّ وجهٍ فلا مُمَيِّزَ فيه إلا القرينةُ الخفيّةُ والزِّنا مع مُشاهَدةِ غَيْبةِ الحشَفة في الفرَجِ لا يشتَبِه بغيرِه فكانت الشّهادةُ بالحيضِ أعسَرَ، (ولا تُصدَّقُ فيه) أي الحيضِ إذا كان من غيرِها مُطْلَقًا أو من نفسِها إذا كان (في تعليقِ) طلاقِ (غيرِها) به كإنْ حِضْت فضَرَّتُك طالِقٌ فادَّعَتْه وكذَّبها فيُصَدَّقُ وهو عَمَلًا بأصلِ تصديقِ المُنْكِرِ لا هي إذْ لا بُدَّ من اليمينِ، وهي من الغيرِ مُمْتَنِعةٌ وفارَقَ تصديقُها من غيرِ يَمينِها في نحوِ المحبّةِ بالنّسبةِ لِطلاقِ غيرِها إنْ حَلَفت بإمكانِ إقامةِ البيِّنةِ على الحيضِ في الجُمْلةِ بخلافِ المحبّةِ وسيُعْلَمُ مِمّا يأتي أنّه لو حَلَفَ أنّها فعلَتْ كذا فقالت لم أفْعَلْه صُدِّقَ في دعواه أنّها فعلَتْه، وإنْ قامت البيِّنةُ بخلافٍ؛ لأنّه إنّما حَلَفَ على ما في ظَنِّه فزَعْمُ بعضِهم تصديقَها بيَمينِها هنا غيرُ صحيحٍ وزَعْمُ أنّها نظيرةُ إنْ لم تَدْخُلي الدّارَ اليومَ فإنّها تُصَدَّقُ في عدمِ الدُّخولِ؛ لأنّ الأصلَ عدمُه غيرُ صحيحٍ أيضًا لِما أشرت إليه من الفرقِ بين التعليقِ المحضِ والتنجيزِ المبنيِّ على الظّنِّ على أنّ ما ذكرَه إنْ تصديقَها في عدمِ الدُّخولِ سيأتي آخِرَ الفصلِ ما يُنافيه، وفي قواعِدِ التّاجِ السُّبْكيِّ ما حاصِلُه لا أعرِفُ مسطورًا في إنْ عَلِمْت كذا فأنت طالِقٌ فقالتْ عَلِمْت إلا بَحْثَ أخي بَهاءِ الدِّينِ أنّها لا تَطْلُقُ؛ لأنّ أحدَ قيْدَي العلمِ المُطابَقة الخارجيّةُ فلم يُقْبل قولُها فيه لإمكانِ البيِّنةِ عليه فلا بُدَّ أنْ يُعْلَمَ من خارجٍ وُقوعُ ذلك الشّيءِ اهـ ويُؤْخَذُ منه أنّ مَحَلَّه في نحوِ إنْ عَلِمْت دخولَ زَيْدٍ الدّارَ لا في نحوِ إنْ عَلِمْت مَحَبَّتَه؛ لأنّ هذا لا يُمْكِنُ إقامةُ البيِّنةِ عليه، ومن ثَمَّ لو قال إنْ أبرَأْتِني من مهرِها فأبرَأَتْه ثمّ ادَّعَى جَهْلَها به وقالتْ بل أعرِفُه صُدِّقَت بيَمينِها أنّها تعلَمُ قدرَه وصِفَتَه حالَ البراءةِ ولو

ولو قال إنْ حِضْتُما فأنْتُما طالِقَتانِ فَزَعَمَتاه وكَذَّبَهما صُدِّقَ بيَمينِه ولم يَقَعْ، وإنْ كَذَّبَ واحِدةً طَلُقَتْ فَقَطْ.
ولو قال: إنْ أو إذا أو مَتَى طَلَّقْتُك فأنْتِ طالِقٌ قبلَه ثَلاثًا فَطَلَّقَها وقَعَ المُنَجَّزُ فَقَطْ، وقيلَ ثَلاثٌ، ....

طلب تجربَتَها بذِكْرِ قدرِه فلم تَذْكُرْه لاحتمالِ طَروَ النّسيانِ عليها ويُفَرَّقُ بين هذا وتجربةِ قِنٍّ اختلف المُعتقُ وشَريكُه في صَنْعةٍ فيه حالَ الإعتاقِ وقبلَ مُضيِّ زَمَنٍ يُمْكِنُ تعلُّمُها فيه بأنّ نِسيانَ الصّنْعةِ لا يُمْكِنُ في هذا الزّمَنِ القريبِ بخلافِه في مسألَتنا.

(ولو قال) لِزوجَتَيْه (إنْ حِضتُما فأنتما طالِقانِ فزعمَتاه) ولو فورًا بأن ادَّعَتا طُروَّه عَقِبَ لفظه فاندَفع ما قيلَ مقتضاه أنّهما لو قالتا فورًا حِضْنا الآنَ أو قبلُ واستَمرَّ قُبِلَتا وليس كذلك؛ لأنّ التعليقَ يقتضي حيضًا مُستأنَفًا، وهو يستَدْعي زَمَنًا اهـ ووجه اندِفاعِه أنّ هذا معلومٌ من وضعِ التعليقِ الصّريحِ في ذلك وذكرُ الفاءَ إنّما هو لإفهامِها عدمَ القبولِ عندَ التّراخي أوّلاً وصِدْقِهما طَلُقَتا وبالتّوقُّفِ على تصديقِه يُعْلَمُ أنّه استُعْمِلَ الزّعْمُ في حَقيقَته، وهو ما لم يَقُم عليه دليلٌ، وإلا لم يحتج لِتصديقِه (و) إنْ (كذَّبَهما صُدِّقَ بيَمينِه، ولا يقعُ) طلاقٌ واحدةٌ منهما؛ لأنّ طلاقَ كلٍّ واحدةٍ منهما مُعَلَّقٌ بشرطَين ولو يَثْبُتُ بقولِهما والأصلُ عدمُ الحيضِ وبَقاءُ النّكاحِ نعم، إنْ أقامت كلٌّ بَيِّنَةً بحيضِها وقَعَ على ما في الشّامِلِ ويَتعيَّنُ حملُ البيِّنةِ فيه على رجلينِ دون النّسوةِ إذْ لا يَثْبُتُ بهنّ الطّلاقُ كما يُصَرِّحُ به ما مَرَّ آنِفًا في الحملِ والوِلادةِ، ومن ثَمَّ تَوَقَّفَ ابنُ الرِّفعةِ في إطلاقِ الشّامِلِ ورَدَّ الأذرَعيُّ عليه بأنّ الثابِتَ بشَهادَتهِنّ الحيضُ وإذا ثَبَتَ تَرَتَّبَ عليه وُقوعُ الطّلاقِ مَردودٌ بأنّه لو كان كذلك لَما تأتّى ما مَرَّ في الوِلادةِ والحملِ نعم، يُمْكِنُ حملُ كلامِ الشّامِلِ والأذرَعيِّ على ما قدَّمْته ثمّ إنْ ثَبَتَ الحيضُ بشَهادَتهِنّ أوّلاً فيُحْكَمُ به ثمّ يُعَلَّقُ عليه (وإنْ كذَّبَ واحدةً طَلُقَت فقط) إذا حَلَفت لِثُبوت الشرطَين في حَقِّها حيضَ ضَرَّتها باعترافِه وحيضِها بحَلِفِها، ولا تَطْلُقُ المُصَدَّقة إذْ لم يَثْبُتْ حيضُ صاحِبَتها في حَقِّها لِتَكْذيبِه.

(ولو قال إنْ أو إذا أو متى طَلَّقْتُك فأنت طالِقٌ قبله ثلاثًا) في موطوءةٍ أو غيرِها أو واحدةٍ أو ثِنْتَين في غيرِ موطوءةٍ أو إنْ طَلُقت ثلاثًا فأنت طالِقٌ قبله واحدةٌ (فطَلَّقَها وقَعَ المُنَجَّزُ فقط)، وهو الثلاثِ في الأخيرةِ لا المُعَلَّقِ إذْ لو وقَعَ لَمَنَعَ وُقوعَ المُنَجَّزِ وإذا لم يقعْ لم يقع المُعَلَّقُ لِبُطْلانِ شرطِه، وقد يتخَلَّفُ الجزاءُ عن الشرطِ بأسبابٍ نظيرَ ما مَرَّ في أخٍ أقَرَّ بابنٍ للمَيِّت يَثْبُتُ نَسَبُه، ولا يَرِثُ ولأنّ الطّلاقَ تَصَرُّفٌ شرعيٌّ لا يُمْكِنُ نَبْذُه ونَقَله ابنُ يونُسَ عن أكثرِ النَّقَلةِ وأطبَقَ عليه عُلَماءُ بَغْدادَ في زَمَنِ الغزاليِّ منهم ابنُ سُرَيْجٍ كما يأتي، وقد أَلَّفت في الانتصارِ له وأنّه الذي عليه الأكثرون خلافًا لِما زعمَه مَنْ يأتي كِتابًا حافِلاً سمَّيته الأدِلّةَ المرْضيّةَ على بُطْلانِ الدّورِ في المسألةِ السُّرَيْجيّةِ (وقيلَ ثلاثٌ) واختارَ أئِمّةٌ كثيرون مُتَقَدِّمون المُنجزةَ وطَلْقَتانِ من الثلاثِ المُعلَّقة إذْ بوُقوعِ المُنَجَّزةِ وُجِدَ

وقيلَ لا شَيْءَ.

شرطُ وُقوعِ الثلاثِ والطّلاقُ لا يَزيدُ عليهنّ فيقعُ من المُعَلَّقِ تمامُهُنّ ويَلْغو قولُه قبله لِحُصولِ الاستحالةِ به. وقد مَرَّ ما يُؤَيِّدُ هذا تأييدًا واضِحًا في أنت طالِقٌ أمسِ مُستَنِدًا إليه حيثُ قالوا إنّه اشتَمَلَ على ممكنٍ ومُستَحيلٍ فألغَيْنا المُستَحيلَ وأخذْنا بالممكنِ ولِقوّتِه نُقِلَ عن الأئِمّةِ الثلاثةِ ورجع إليه السُّبْكيُّ آخِرَ أمرِه بعدَ أنْ صَنّفَ تصنيفَين في نُصْرةِ الدّوْرِ الآتي (وقيلَ: لا شيءَ) يقعُ من المُنَجَّزِ، ولا المُعَلَّقِ لِلدَّوْرِ ونَقَله جَماعةٌ عن النّصّ والأكثرين وعَدّوا منهم عِشْرين إمامًا وعبارةُ الأذرَعيِّ هو المنسوبُ للأكثَرين في الطّريقين وعَزاه الإمامُ إلى المُعَظَّمِ والعِمْرانيُّ إلى الأكثرين انتهَتْ قالوا، وهو مذهبُ زَيْدِ بنِ ثابِتٍ ورجحه الغزاليُّ أوّلاً ثمّ ثالِثًا كما دَلَّ عليه قولُه كُنْت نصَرْت صحّةَ الدّوْرِ على ما عليه مُعْظَمُ الأصحابِ ونصَّ عليه الشافعيُّ ثمّ قال فلاحَ لَنا تَغْليبُ أدِلّةِ إبطالِه ورأينا تصحيحَه من جُمْلةِ الحوْرِ بعدَ الكوْرِ وأقَمْت على ذلك مُدّةً ثمّ قال حتى عادَ الاجتهادُ إلى الفتوَى بتَبَيُّنِه وترجيحِه وكأنّ قولَهم: إنّه استَقَرَّ رَأيُه على الإبطالِ ناشِئٌ عن عدمِ رُؤْيَتِهم لهذا الأخيرِ من كلامِه واشتُهِرَت المسألةُ بابنِ سُرَيْجٍ؛ لأنّه الذي أظهرَها لَكِنّ الظّاهرَ أنّه رجع عنها لِتصريحِه في كِتابه الزّيادات بوُقوعِ المُنَجّزِ ثمّ رأيت الأذرَعيَّ قال الظّاهرُ أنّ جوابَه اختلف ويُؤَيِّدُ رُجوعَه تخطِئةُ الماوَرْديِّ مَنْ نَقَلَ عنه عدمَ وقعِ شيءٍ وقولُ القاضي وابنِ الصّبّاغِ أخطأَ مَنْ نَسب إليه تصحيحَ الدّوْرِ أطالَ الإسنَويُّ وغيرُه في تصحيحِ الدّوْرِ بما رَدَدْته عليهم ثمّ كيف.

وقد نَسب القائِلَ بالدّوْرِ إلى مُخالَفةِ الإجماعِ وإلى أنّ القولَ به زَلّةُ عالِمٍ وزَلاّتُ العُلَماءِ لا يَجوزُ تقليدُهم فيها، ومن ثَمَّ قال ابنُ الرِّفعةِ عن شيخِهِ العِمادِ أخطأَ القائِلُ به خطأً ظاهِرًا والبُلْقينيُّ كابنِ عبدِ السّلامِ ينقُضُ الحكمَ به؛ لأنّه مُخالِفٌ للقَواعِدِ الشرعيّةِ ولو حكم به حاكِمٌ مُقَلِّدٌ لِلشّافِعيِّ لم يَبْلُغْ رُتْبةَ الاجتهادِ فحكمُه كالعدمِ ويُؤَيِّدُه قولُ السُّبْكيِّ الحكمُ بخلافِ الصّحيحِ في المذهبِ مُنْدَرِجٌ في الحكمِ بخلافِ ما أنْزَلَ اللّه تعالى ويأتي في القضاءِ بَسطُ ذلك قال الرّويانيُّ ومع اختيارِنا له لا وجهَ لِتعليمِه للعَوامّ وقال غيرُه الوجه تعليمُه لهم؛ لأنّ الطّلاقَ صار في ألسِنَتِهم كالطّبْعِ لا يُمْكِنُ الانفِكاكُ عنه فكونُهم على قولِ عالِمٍ بل أئِمّةٍ أولى من الحرامِ الصِّرْفِ ويُؤَيِّدُ الأوّلَ قولُ ابنِ عبدِ السّلامِ التقليدُ في عدمِ الوُقوعِ فُسوقٌ.

وقال ابنُ الصّبّاغِ أخطأَ مَنْ لم يوقِعِ الطّلاقَ خطأً فاحِشًا وابنُ الصّلاحِ ودِدْت لو مُحِيَتْ هذه المسألةُ وابنُ سُرَيْجٍ بَريءٌ مِمّا يُنْسَبُ إليه فيها، وقد قال بعضُ المُحَقِّقين المُطّلِعين لم يوجَدْ مِمَّنْ يُقْتَدَى به القولُ بصحّةِ الدّوْرِ بعدَ السِّتِّمِائةِ إلا السُّبْكيُّ ثمّ رجع، وإلا الإسنَويُّ، وقولُه: إنّه قولُ الأكثرِ منقوضٌ بأنّ الأكثرين على وُقوعِه، وقد قال الدّارَقُطْنيّ خَرَقَ القائِلُ به الإجماعَ والمنقولُ عن الشافعيِّ في صحّةِ الدّوْرِ هو في الدّوْرِ الشرعيِّ أي كالسّابِقِ قُبَيْلَ العاريّةِ. وأمّا الدّوْرُ الجعْليُّ فلم يُعَرِّجْ عليه قطُّ انتهى ويُؤَيِّدُه قولُ جمعٍ القائِلون بالنّصّ نَسَبوه إلى كِتابِ الإفصاحِ وتَتَبّعَه بعضُ

ولو قال: إنْ ظاهَرْت منك أو آلَيْت أو لاعنت أو فَسَخْت بعَيْبِك فأنْتِ طالِقٌ قبلَه ثَلاثًا ثم وُجِدَ المُعَلَّقُ به فَفي صِحَّتِه الخِلافُ. ولو قال: إنْ وطِئتُك مُباحًا فأنْتِ طالِقٌ قبلَه ثم وطِئَ لم يَقَعْ قَطْعًا. ولو عَلَّقَه، بمَشيئَتِها خِطابًا اشْتُرِطَتْ ....

المُحَقِّقين فلم يَجِدْه فيه نعم، بَيَّنَ الشّاشيُّ أنّ مَنْ نَسبه إليه اعتمد على ظاهِرِ كلامٍ له في التعريضِ بالخُطْبةِ وما أحسَنَ قولَ بعضِ المُحَقِّقين هذه المسألةُ وقَعَ التّعارُضُ فيها بين المُتَقَدِّمين وكثُرَت التّصانيفُ من الجانِبَين واستَدَلَّ كلُّ فريقٍ على مُدَّعاه بأدِلّةٍ مُتعدِّدةٍ ثمّ وقَفَ الشيخانِ على كلِّ ذلك مع تَحْقيقِهما والاعتمادِ على قولِهما في المذهبِ ومع ذلك لم يعدِلا عن القولِ بوُقوعِ المُنَجَّزِ ثمّ تَلاهما على ذلك غالِبُ المُتأخِّرين قال كثيرون من مُعتَمِدي الدّوْرِ وشرطُ صحّةِ تقليدِ القائِلِ به معرفةُ المُقَلِّدِ لِمعنى الدّوْرِ قال ابنُ المُقْرِي، ولا أرى حَقًّا إلا قولَ هَؤُلاءِ فإنّ كثيرًا من المُتَفَقِّهةِ لا يعرِفون معنى الدّوْرِ، ولا ما فيه من الغوْرِ فضْلًا عن العوامّ وعلى صحّةِ الدّوْرِ فلو أقَرَّ بعدَ الطّلاقِ أنّه لم يَصْدُرْ منه تعليقُه ثمّ أقامَ بَيِّنةً به لم تُقْبل لِتَكْذيبِه لها بإقرارِه الأوّلِ.

(ولو قال إنْ ظاهَرْت منك أو آليتَ أو لاعنت أو فسَخت) النّكاحَ (بعَيبِك) مثلًا (فأنت طالِقٌ قبله ثلاثًا ثمّ وُجِدَ المُعَلّقُ به) من الظّهارِ وما بعدَه (ففي صحّته) أي المُعَلّقِ به من الظّهارِ وما بعدَه (الخلافُ) السّابِقُ فإنْ ألغَيْنا الدّوْرَ صَحَّ جميعُ ذلك، وإلا فلا (ولو قال إنْ وطِئتُك) وطِئا (مُباحًا فأنت طالِقٌ قبله)، وإنْ لم يَقُلْ ثلاثًا (ثمّ وطِئَ) ولو في نحوِ حيضٍ؛ لأنّ المُرادَ المُباحُ لِذاته فلا يُنافيه الحرمةُ العارِضةُ فخرج الوطءُ في الدُّبُرِ فلا يقعُ به شيءٌ خلافًا للأذرَعيِّ؛ لأنّه لم يوجَد الوطءُ المُباحُ لِذاته وفارَقَ ما يأتي بأنّ عدمَ الوُقوعِ هنا لِعدمِ الصّفة، وفيما يأتي لِلدّوْرِ (لم يقعْ قطعًا) لِلدّوْرِ إذْ لو وقَعَ لَخرج الوطءُ عن كونِه مُباحًا، ولَم يقعْ، ولم يأت هنا ذلك الخلافُ؛ لأنّ مَحَلّه إذا انسَدَّ بتصحيحِ الدّوْرِ بابُ الطّلاقِ أو غيرِه من التّصرُّفات الشرعيّةِ وذلك غيرُ موجودٍ هنا.

(تنبيهٌ) ليس لِقاضٍ الحكمُ بصحّةِ الدّوْرِ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ نعم، إن اعتقد صحّتَه بتقليدِ قائِلِه وصَحّحْناه لم يكن له الحكمُ به إلا بعدَ وجودِ ما يقتضي الوُقوعَ، وإلا كان حكمًا قبلَ وقته ولو وُجِدَ ما يقتضي وُقوعَ طَلْقة فحكم بإلغائِها لم يكن حكمًا بإلغاءِ ثانيةٍ لو وقَعَتْ فإنْ تعرَّضَ في حكمِه لِذلك فهو سفَهٌ وجَهْلٌ لإيرادِه الحكمَ في غيرِ مَحَلِّه فعُلِمَ أنّه لا يصحُّ الحكمُ بصحّةِ الدّوْرِ مُطْلَقًا بحيثُ لو أوقعَ طلاقٌ بعدُ لم يقعْ كذا قاله بعضُ المُحَقِّقين، وإنّما يصحُّ إنْ حكم بالصّحّةِ لا الموجِبِ لِما يأتي في القضاءِ وغيرِه.

(ولو علَّقَه) أي الطّلاقَ (بمَشيئَتها خِطابًا) كأنت طالِقٌ إنْ أو إذا شِئْت أو إنْ شِئْت فأنت طالِقٌ (اشترِطَتْ) مَشيئَتُها، وهي مُكلَّفة أو سكْرانةٌ باللّفظِ مُنَجّزةً لا مُعلَّقة، ولا مُؤَقّتةً أو بالإشارةِ من خَرْساءَ ولو بعدَ التعليقِ وظاهرُ كلامِهم تعيُّنُ لفظِ شِئْت ويوجّه بأنّ نحوَ أرَدْت، وإنْ رادَفَه إلا أنّ المدارَ في التّعاليقِ على اعتبارِ المُعَلّقِ عليه دون مُرادِفِه في الحكمِ، ومن ثَمّ قال البوشَنْجيُّ في إتيانِها

على فَوْرٍ، أو غَيْبةً، أو بمَشيئةِ أجْنَبيٍّ فلا في الأَصَحِّ، ولو قال المُعَلَّقُ بمَشيئَتِه شِئْت كارِهًا بقَلْبِه وقَعَ، وقيلَ لا يَقَعُ باطِنًا. وَلا يَقَعُ بمَشيئةِ صَبيّةٍ وصَبيٍّ، وقيلَ يَقَعُ بمُمَيِّزٍ ولا رُجوعَ له قبلَ المشيئةِ.
ولو قال: أنْتِ طالِقٌ ثَلاثًا إلّا أنْ يَشاءَ زَيْدٌ طَلْقةً فَشاءَ طَلْقةً لم تَطْلُقْ، وقيلَ: تَقَعُ طَلْقةٌ ...

بشِئْت بَدَلَ أَرَدْت في جوابِ إنْ أَرَدْت لا يقعُ ومُخالَفة الأنوارِ له فيها نَظَرٌ (على فوْرٍ) بها، وهو مجلِسُ التّواجُبِ في العُقودِ نظيرَ ما مَرَّ في الخُلْعِ لأنّه استدعاءٌ لِجوابِها المُنَزَّلِ منزلةَ القبولِ ولأنّه في معنى تفويضِ الطّلاقِ إليها، وهو تمليكٌ كما مَرَّ نعم، لو قال متى أو أيَّ وقتٍ مثلًا شِئْت لم يُشْتَرَطْ فوْرٌ (أو غَيْبةٍ) كزوجَتي طالِقٌ إنْ شاءَتْ، وإنْ كانت حاضِرةً سامِعةً (أو بمَشيئةِ أجنَبيٍّ) كإنْ شِئْت فزوجَتي طالِقٌ (فلا) يُشْتَرَطُ فوْرٌ في الجوابِ (في الأصحِّ) لِبُعْدِ التمليكِ في الأوّلِ مع عدمِ الخِطابِ ولِعدمِ التمليكِ في الثاني نعم، إنْ قال إنْ شاءَ زَيْدٌ لم يُشْتَرَطْ فوْرٌ جَزْمًا ولو جَمع بينها وبينه فلِكلٍّ حكمُه (ولو قال المُعَلَّقُ بمَشيئَته) من زوجةٍ أو أجنَبيٍّ (شِئْت) ولو سكْرانًا أو (كارِهًا) لِلطّلاقِ (بقَلْبه وقَعَ) الطّلاقُ ظاهِرًا وباطِنًا؛ لأنّ القصْدَ اللّفْظُ الدّالُّ لا في الباطِنِ لِخَفائِه (وقيلَ لا يقعُ باطِنًا) كما لو عَلَّقَه بحيضِها فأخبَرَتْه كاذِبةً ورُدَّ بأنّ التعليقَ هنا على اللّفْظِ، وقد وُجِدَ، ومن ثَمَّ لو وُجِدَت الإرادةُ دون اللّفْظِ لم يقعْ إلا إنْ قال إنْ شِئْت بقَلْبِك قال في المطْلَبِ، ولا يَجيءُ هذا الخلافُ في نحوِ بيعٍ بلا رِضًا، ولا إكْراهٍ بل يُقْطَعُ بعدمِ حِلِّه باطِنًا لقوله تعالى ﴿عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء:٢٩] وحَمَلَه الأذرَعيُّ على نحوِ بيعٍ لِنحوِ حياءٍ أو رَهْبةٍ من المشتري أو رَغْبةٍ في جاهِه بخلافِ ما إذا كرِهَ لِمَحَبَّته للمَبيعِ، وإنّما باعَه لِضَرورةٍ نحوِ فقْرٍ أو دَيْنٍ فيَحِلُّ باطِنًا قطعًا كما لو أُكْرِهَ عليه بحَقٍّ ولو عَلَّقَ بمَحَبَّتِها له أو رِضاها عنه فقالتْ ذلك كارِهةً بقَلْبِها لم تَطْلُقْ كما بحثه في الأنوارِ أي باطِنًا، وهذا بناءً على ما هو الحقُّ عندَ أهلِ السُّنّةِ أنّ المشيئةَ والإرادةَ غيرُ الرِّضا والمحَبّةِ.

(ولا يقعُ) الطّلاقُ (بمَشيئةِ صَبيٍّ و) لا (صَبيّةٍ)؛ لأنّ عبارَتَهما مُلْغاةٌ في التّصرُّفات كالمجنونِ (وقيلَ يقعُ بـ) مَشيئةِ (مُمَيِّزٍ)؛ لأنّ لها منه دَخْلًا في اختيارِه لأبَوَيْه ويُرَدُّ بوُضوحِ الفرقِ إذْ ما هنا تمليكٌ أو يُشْبِهُه ومَحَلُّ الخلافِ إنْ لم يَقُلْ إنْ قُلْت: شِئْت وإلا وقَعَ بمَشيئَته؛ لأنّه بتعليقِه بالقولِ صَرَفَ لفظَ المشيئةِ عن مقتضاه من كونِه تَصرُّفًا يقتضي الملك أو شَبَهَه هذا هو الذي يَتَّجِه في تعليلِه، وأمّا تعليلُه بأنّ المُعَلَّقَ عليه حينئذٍ محضُ تَلَفُّظه بالمشيئةِ فهو إنْ لم يُرِدْ به ذلك مُشْكِلٌ؛ لأنّه، وإنْ لم يَقُلْ ذلك المُعَلَّقُ عليه مُجَرَّدُ تَلَفُّظه بها لِما مَرَّ أنّه لا يُعْتَبَرُ غيرُه (ولا رُجوعَ له قبلَ المشيئةِ) نَظَرًا إلى أنّه تعليقٌ ظاهِرًا، وإنْ تَضَمَّنَ تمليكًا كما لا يرجعُ في التعليقِ بالإعطاءِ، وإنْ تَضَمَّنَ مُعاوَضةً. (ولو قال: أنت طالِقٌ ثلاثًا إلا أنْ يَشاءَ زَيْدٌ طَلْقة فشاءَ طَلْقة) أو أكثرَ (لم تَطْلُقْ)؛ لأنّه استثناءٌ من أصلِ الطّلاقِ كأنت طالِقٌ إلا أنْ يدخلَ زَيْدٌ الدّارَ فإنْ لم يَشَأ شيئًا في حياته وقَعَ الثلاثُ قُبَيْلَ نحوِ موته (وقيلَ يقعُ طَلْقة) إذِ التقديرُ إلا أنْ يَشاءَ واحدةً فتَقَعُ فالإخراجُ من وُقوعِ الثلاثِ دون أصلِ الطّلاقِ

ولو عَلَّقَ بفِعْلِه فَفَعَلَ ناسيًا لِلتَّعْليقِ أو مُكْرَهًا لم تَطْلُقْ في الأَظْهَرِ، ....

وتُقْبَلُ ظاهرًا إرادَتُه هذا؛ لأنّه غَلَّظَ على نفسِه كما لو قال أَرَدْت بالاستثناءِ عدمَ وُقوعِ طَلْقة إذا شاءَها فتَقَعُ طَلْقَتانِ ويأتي قريبًا حكمُ ما لو مات أو شَكَّ في نحوِ مَشيئَتِهِ. (ولو عَلَّقَ) الزوجُ الطَّلاقَ (بفعلِه) كدخولِه الدّارَ، وقد قصَدَ حَثَّ نفسِه أو مَنْعَها بخلافِ ما إذا أطلقَ أو قصَدَ التعليقَ بمُجَرَّدِ صورةِ الفعلِ فإنّه يقعُ مُطْلَقًا كما اقتضاه كلامُ ابنِ رَزِينٍ (ففعله ناسيًا لِلتعليقِ أو مُكْرَهًا) عليه بباطِلٍ أو بحَقٍّ كما قاله الشيخانِ وغيرُهما خلافًا لِلزَّرْكشيِّ وغيرِه كما مَرَّ بما فيه أو جاهِلًا بأنّه المُعَلَّقُ عليه، ومنه كما يأتي في التعليقِ بفعلِ الغيرِ أنْ تُخْبِرَ مَنْ حَلَّفَ زوجَها أنّها لا تخرُجُ إلا بإذْنِه بأنّه أذِنَ لها، وإنْ بانَ كَذِبُه كما قاله البُلْقينيُّ وبه يُنْظَرُ في قولِ ولَدِه الجلالِ لو حَلَفَ لا يأكلُ كذا فأخبَرَ بموت زوجَته فأكله فبانَ كَذِبُه حَنِثَ لِتقصيرِه، ومنه أيضًا ما أفتى به بعضُهم فيمَنْ خرجتْ ناسيةً فظَنّت انحِلالَ اليمينِ أو أنّها لا تَتَناوَلُ إلا المرّةَ الأولى فخرجتْ ثانيًا وعَجيبٌ تفرِقة بعضِهم بين هذين الظَّنّين نعم، لا بُدَّ من قرينةٍ على ظَنِّها لِما يأتي فالحاصِلُ أنّه متى استَنَدَ ظَنُّها إلى أمرٍ تعذَّرَ معه لم يحنَثْ أو إلى مُجَرَّدِ ظَنِّ الحكم حَنِثَ وكلامُهما آخِرَ العتقِ فيمَنْ حَلَفَ بعتقٍ مُقَيَّدٍ أنّ في قيْدِه عَشْرةَ أرطالٍ دالٌّ على هذا الأخيرِ كما قدَّمْته في مَبْحَثِ الإكْراه لا بحكمِه إذْ لا أثَرَ له خلافًا لِجمعٍ وهَمّوا فيه فقد قال غيرُ واحدٍ نصَّ الأئِمّةُ أنّه لا أثَرَ للجَهْلِ بالحكمِ. قال جمعٌ مُحقِّقون وعليه يَدُلُّ كلامُ الشيخينِ في الكِتابةِ وغيرِها وبه تندَفِعُ مُنازعةُ بعضِهم لهم في ذلك بكلامِ الأذرَعيِّ ولغيرِه لا يَدُلُّ له إلا إن اعتمد على مَنْ قال له ليس هذا هو المحلوفَ عليه أو على مَنْ يَظُنُّه فقيهًا وعَبَّرَ شيخُنا بكونِه يُعْتَمَدُ ويُرْجَعُ إليه في المُشْكِلات، وفيه نَظَرٌ وذلك كأنْ عَلَّقَ بشيءٍ فقال له أو أخبَرَه عنه مَنْ وقَعَ في قلْبه صِدْقُه لا يقعُ بفعلِك له ففعله مُعتَمِدًا على ذلك فلا يقعُ به عليه شيءٌ؛ لأنّه الآنَ صار جاهِلًا بأنّه المُعَلَّقُ عليه مع عُذْرِه ظاهرًا وألحَقَ بذلك بعضُهم ما لو ظَنّ صِحّةَ عقدٍ فحَلَفَ عليها، ولم يكن كذلك، وإنْ لم يُفْته أحدٌ بذلك وفُرِّقَ بينه وبين حِنْثِ رافِضيٍّ حَلَفَ أنّ عَليًّا أفضلُ من أبي بكرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ومُعتزِليٍّ حَلَفَ أنّ الشَّرَّ من العبدِ بأنّ هذينِ من العقائِدِ المطلوبِ فيها القطعُ فلم يُعْذَر المخطِئُ فيها مع إجماعِ مَنْ يُعْتَدُّ بإجماعِهم على خطئِه بخلافِ مسألَتنا، وقد يُقالُ لا يحتاجُ لهذا الإلحاقِ؛ لأنّ هذا ليس مِمّا نحن فيه كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي على الأثرِ فيمَنْ حَلَفَ على ما في ظَنّه وما قاله في الرّافِضيِّ والمعتزِليِّ ليس على إطلاقِ لِما يأتي فيهما قريبًا (لم تَطلُقْ في الأظهرِ) للخبرِ الصّحيحِ «إنّ اللّهَ وضَعَ عن أُمّتي الخطأَ والنسيانَ وما استكرِهوا عليه»[1] أي لا يُؤاخِذُهم بأحكام هذه إلا ما دَلّ عليه الدّليلُ كضمانِ قِيَمِ المُتْلَفات وأفتى جمعٌ من أئِمّتنا بالمُقابِلِ. وقال ابنُ المُنْذِرِ إنّه مَشْهورُ مذهبِ الشافعيِّ وعليه أكثرُ العُلَماءِ، ومن ثَمَّ تَوَقَّفَ جمعٌ من قُدَماءِ الأصحابِ عن الإفتاءِ في ذلك وتَبِعَهم ابنُ الرِّفعةِ في آخِرِ

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

....

عُمُرِه، ولا فرقَ على الأوّلِ بين الحلِفِ باللّه وبالطّلاقِ على المنقولِ المعتمدِ، ولا بين أنْ ينسَى في المُستقبَلِ فيَفْعَلَ المحلوفَ عليه أو ينسَى فيحلِفَ على ما لم يَفْعَلْه أنّه فعله أو بالعكسِ كأنْ حَلَفَ على نفيِ شيءٍ وقَعَ جاهِلًا به أو ناسيًا له، وإنْ قصَدَ أنّ الأمرَ كذلك في الواقعِ بحسبِ اعتقادِه كما بَسَطْته في الفتاوَى خلافًا لِكثيرين، وإنْ ألّفَ غيرُ واحدٍ فيه والحاصِلُ أنّ المعتمدَ الذي يَلْتَئِمُ به أطرافُ كلامِ الشيخينِ الظّاهرِ التّنافي أنّ مَنْ حَلَفَ على أنّ الشيءَ الفُلانيَّ لم يكن أو كان أو سيكونُ أو إنْ لم أكُنْ فعلْت أو إنْ لم يكن فعلَ أو في الدّارِ ظَنًّا منه أنّه كذلك أو اعتقادًا لِجَهْلِه به أو نِسيانِه له ثمّ تبَيَّنَ أنّه على خلافِ ما ظَنّه أو اعتقَدَه فإنْ قصَدَ بحَلِفِه أنّ الأمرَ كذلك في ظَنّه أو اعتقادِه أو فيما انتهى إليه علمُه أي لم يعلم خلافَه فلا حِنْثَ؛ لأنّه إنّما رَبَطَ حَلِفَه بظَنّه أو اعتقادِه، وهو صادِقٌ فيه، وإنْ لم يقصِدْ شيئًا فكذلك على الأصحِّ حملًا لِلّفْظِ على حَقيقَته، وهي إدْراكُ وُقوعِ النّسبةِ أو عدمِه بحسبِ ما في ذِهْنِه لا بحسبِ ما في نفسِ الأمرِ للخبرِ المذكورِ، وقد صرّح الشيخانِ وغيرُهما بعدمِ حِنْثِ الجاهِلِ والنّاسي في مَواضِعَ منها قولُهما في الأيمانِ إنّ اليمين تنعَقِدُ على الماضي كالمُستقبَلِ وإنّه إنْ جَهِلَ ففي الحِنْثِ قولانِ كمَنْ حَلَفَ لا يَفْعَلُ كذا ففعله ناسيًا. وهذا ظاهرٌ في عدمِ الحِنْثِ خلافًا لِمَنْ نازع فيه بأنّه لا يلزمُ من إجراءِ الخلافِ الاتّحادُ في التّرجيحِ؛ لأنّا لم نَدّعِ اللّزومَ والظّاهرُ كافٍ في ذلك، ومنها قولُهما لو حَلَفَ شافِعيٌّ أنّ مذهبَه أصحُّ المذاهِبِ وعَكَسَ الحَنَفيُّ لم يحنَث واحدٌ منهما؛ لأنّ كلًّا حَلَفَ على غلبةِ ظَنّه المعذورِ فيه أي لِعدمِ قاطِعٍ هنا، ولا ما يقرُبُ منه وبه يُفرَّقُ بين هذا وما يأتي قريبًا في مسألةِ الفاتحةِ فإنّ أدِلّةَ قِراءَتها في الصّلاةِ لَمّا قارَبَت القطعَ نُزّلَت منزلةَ القطعيِّ فأُلْحِقت بما قبلها، ومنها قولُ الروضةِ لو جَلَسَ مع جَماعةٍ فقامَ ولَبِسَ خُفَّ غيرِه فقالتْ له امرَأتُه استبدَلْت بخُفّك فحَلَفَ بالطّلاقِ أنّه لم يَفْعَلْ ذلك وكان خرج بعدَ الجميعِ، ولم يعلم أنّه أخذَ بَدَله لم يحنَث وأوّلَ بعضُهم هذه العبارةَ بما لا ينفَعُ، وإنْ قصَدَ أنّ الأمرَ كذلك في نفسِ الأمرِ بأنْ يُقْصَدَ به ما يُقْصَدُ بالتعليقِ عليه حَنِثَ كما يقعُ الطّلاقُ المُعلّقُ بوجودِ صِفة وقولُ الإسنَويِّ وغيرِه بعدمِ الوُقوعِ في قصْدِه إنّ الأمرَ كذلك في نفسِ الأمرِ أخذًا من كلامِهِما أي في بعضِ الصّوَرِ يُحْمَلُ على ما إذا قصَدَ ذلك لا بالحيثيّةِ التي ذكرْتها بأنْ قصَدَ أنّه في الواقعِ كذلك بحسبِ اعتقادِه إذْ مع تلك الحيثيّةِ لا وجهَ لِعدمِ الوُقوعِ إذا بانَ أنّ ما في نفسِ الأمرِ خلافُ ما عَلّقَ عليه وعلى هذه الحالةِ يصِحُّ حملُ كلامِ الشيخينِ في مَواضِعَ كقولِهما لو حَلَفَ أنّ هذا الذّهَبَ هو الذي أخذَه من فُلانٍ فشَهِدَ عَدْلانِ أنّه ليس هو حَنِثَ، وإنْ كانت شَهادةَ نفيٍ؛ لأنّه محصورٌ. وحملُ الإسنَويِّ له على المُتعمِّدِ وتَبِعَه غيرُه مُرادُه به القاصِدُ لِما ذكرَ به بدليلِ قولِه نفسِه، وإنّما قيّدْناه بذلك ليخرُجَ الجاهِلُ فلا يحنَثُ؛ لأنّ مَنْ حَلَفَ على شيءٍ يعتقدُه إيّاه، وهو غيرُه يكونُ جاهِلًا والجاهِلُ لا يحنَثُ كما ذكراه في الأيمانِ فتَفَطّنْ له واستَحْضِرْه فإنّه كثيرُ الوُقوعِ في الفتاوَى، وقد ذَهِلا عنه في مسائلَ،

أو بفِعْلِ غيرِه مِمَّنْ يُبالي بتَعْليقِه وعَلِمَ به ....

وإنْ تَفَطَّنا له في مسائلَ أخرى اهـ فقولُه يعتقدُه إيّاه يُفْهِمُ ما قدَّمْته أنّ مَنْ قصَدَ التعليقَ على ما في نفسِ الأمرِ يحنَثُ كما تقرّر وكقولِهما لو حَلَفَ لا يَفعَلُ كذا فشَهِدَ عَدْلانِ أي أخبَراه بأنّه فعله وصَدَّقَهما لَزِمَه الأخذُ بقولِهما وبِحملِه على ذلك أيضًا سقَطَ قولُ الإسنَويِّ، وإنْ قيلَ إنّه الحقُّ هذا إنّما يأتي على الضّعيفِ أنّه يقعُ طلاقُ النّاسي اهـ وإذا حَمَلْناه على ما قُلْناه وأخبَرَه مَنْ صَدَّقَه فقياسُ نَظائِرِه السّابِقة في نحوِ الشُّفعةِ ورَمَضانَ أنّه يلزمُه الأخذُ بقولِه ولو فاسِقًا وقياسُ هذينِ أيضًا أنّه لا يحتاجُ في إخبارِ العدْلينِ إلى تصديقٍ فلْيُحْمَلْ وصَدَّقَهما السّابِقُ على ما إذا عارَضَهما قرينةٌ قويّةٌ تُكذِّبُهما وكقولِهما لو قال السُّنّيُّ إذا لم يكن الخيرُ والشّرُّ من اللّه تعالى أو إنْ لم يكن أبو بكرٍ أفْضَلَ من عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا فامرَأتي طالِقٌ وعَكسَ المعتزِليُّ أو الرّافِضيُّ حَنِثا، وكذا لو حَلَفَ شافِعيٌّ أنّ مَنْ لم يقرأ الفاتحةَ في الصّلاةِ لم يسقُطْ فرضُه وعَكسَه الحنَفيُّ فيحنَثُ. والخلافُ في هذه المسائلِ بين المُتَقدِّمين والمُتأخِّرين طَويلٌ والمعتمدُ منه ما قرَّرْته وفارَقَ ما تقرّر من عدم الوُقوعِ مَنْ خاطَبَ زوجَتَه بطلاقٍ ظانًّا أنّها أجنَبيّةٌ؛ لأنّه هنا لَمّا رَبَطَه بظَنّه كان مُعَلَّقًا له على ما يُجْهَلُ وجودُه، وقد تقرّر أنّ مَنْ فعلَ المحلوفَ عليه جاهِلًا بكونِه المُعَلَّقَ به لم يحنَث؛ لأنّه لم يوقِعْه في مَحَلِّه أصلًا، وأمّا ثَمَّ فأوقَعَه في مَحَلِّه وقرنَه بظَنِّ كونِها أجنَبيّةً المُخالِفِ للواقعِ والغيرِ المُعارِضِ لِما نَجزَه وأوقَعَه فلم يدفَعْه ويُؤْخَذُ من هذا مع ما تقرّر في إنْ لم أكُنْ فعلْت وما بعدَه أنّه لو غُيِّرَتْ هَيْئةُ زوجَته فقيلَ له هذه زوجَتُك فأنكر ثمّ قال إنْ كانت زوجَتي فهي طالِقٌ ظانًّا أنّها غيرُها لم تَطْلُقْ؛ لأنّ هذا ليس تعليقًا محضًا وإنّما هو تَحْقيقُ خبرٍ، وهو يُناطُ بما في الظّنِّ كما مَرَّ ومِمّا يُصَرِّحُ به قولُ التّوَسُّطِ لو قال إنْ لم يكن فُلانٌ سرَقَ مالي فامرَأتي طالِقٌ، وهو لا يعرِفُ أنّه سرَقَه لم تَطْلُق اهـ ومُرادُه أنّه ظَنّ ذلك ولو عَلَّقَ بفعلِه، وإنْ نَسيَ أو أُكرِهَ أو قال لا أفْعَلُه عامِدًا، ولا غيرَ عامِدٍ حَنِثَ مُطْلَقًا اتِّفاقًا وأُلْحِقَ به ما لو قال لا أفْعَلُ بطَريقٍ من الطُّرُقِ أو بأنّه لا ينسَى فنَسيَ لم يحنَث؛ لأنّه لم ينسَ بل نُسِّيَ كما في الحديثِ.

(تنبيهٌ مُهِمٌّ) مَحَلُّ قبولِ دعوَى نحوِ النّسيانِ ما لم يسبِقْ منه إنْكارُ أصلِ الحلِفِ أو الفعلِ أمّا إذا أنكره فشَهِدَ الشُّهودُ عليه به ثمّ ادَّعَى نِسيانًا أو نحوَه لم يُقْبل كما بحثه الأذرَعيُّ وتَبِعوه وأفتيت به مِرارًا لِلتّناقُضِ في دعواه فالْغَيْت وحكم لِقضيّةِ ما شَهِدوا به، وإنْ ثَبَتَ الإكْراه ببَيِّنةٍ فيما يظهرُ؛ لأنّه مُكذِّبٌ لها بما قاله أو لا بخلافِ ما إذا أقَرَّ بذلك فيُقْبَلُ دعواه لِنحوِ النّسيانِ لِعدمِ التّناقُضِ ومَرَّ أنّ الإكْراهَ لا يَثبُتُ إلا ببيِّنةٍ مُفَصِّلةٍ.

(أو) عَلَّقَ (بفعلِ غيرِه) من زوجةٍ أو غيرِها (مِمَّنْ يُبالي بتعليقِه) بأنْ تقضيَ العادةُ والمُروءةُ بأنّه لا يُخالِفُه ويَبَرُّ يَمينَه لِنحوِ حياءٍ أو صَداقةٍ أو حُسنِ خُلُقٍ قال في التوشيحِ فلو نزل به عَظيمُ قريةٍ فحَلَفَ أنْ لا يرحَلَ حتى يُضَيِّفَه فهو مِثالٌ لِما ذُكِرَ (وعلم) ذلك الغيرُ (به) أي بتعليقِه يعني وقَصَدَ إعلامَه به

فَكَذلك، وإلّا فَيَقَعُ قَطْعًا.

ويُعَبَّرُ عنه بقَصْدِ مَنْعِه من الفعلِ فمُرادُ المتنِ يعلَمُ ذلك العلمَ والمقصودَ منه، وهو الامتناعُ من الفعلِ المقصودِ من التعليقِ ويُقْبَلُ قولُه لم أعلم، وإنْ تَحَقَّقَ علمُه لكن طالَ الزّمَنُ بحيثُ قرُبَ نِسيانُه لِذلك كما أفتى به بعضُهم (فكذلك) لا يحنَثُ بفعلِه ناسيًا لِلتعليقِ أو المُعلَّقِ به أو مُكْرَهًا عليه. ومنه أنْ يُعَلِّقَ بانتقالِ زوجَته من بيت أبيها فيحكُمُ القاضي عليه أو عليها به، وإنْ كان هو المُدَّعِيَ كما اقتضاه إطلاقُهم وليس من تفويت البِرِّ بالاختيارِ كما هو ظاهرٌ؛ لأنّ الحكمَ ليس إليه ويُقاسُ بذلك نَظائِرُه أو جاهِلًا بالتعليقِ أو المُعَلَّقِ به ويظهرُ أنّ معرفة كونِه مِمَّنْ يُبالي به يتوَقَّفُ على بَيِّنةٍ، ولا يُكْتَفَى فيه بقولِ الزوجِ إلا إنْ كان فيه ما يَضُرُّه على ما يأتي، ولا المُعَلَّقُ بفعلِه لِسُهولةِ علمِه من غيرِه كالإكْراه بخلافِ دعواه النّسيانَ أو الجهْلَ فإنّه يُقبَلُ، وإنْ كذَّبَه الزوجُ كما لو فوَّضَ إليها الطّلاقَ بكِنايةٍ فأتَتْ بها وقالتْ لم أنوِ وكذَّبها لا تَطْلُقُ كما اقتضاه كلامُ الشيخينِ وتابِعيهِما وقال الماوَرْديُّ تَطْلُقُ باعترافِه، وهو وجيهٌ، وإنْ رُدَّ بأنّ شرطَ الإقرارِ أنْ يكون بما يُمْكِنُ المُقِرُّ أنْ يعلَمَ به وعلمُه بالنّيّةِ أو بالتّذَكُّرِ والتّعَمُّدِ مُتعذِّرٌ فلم يقتضِ تَكْذيبَه وُقوعَ الطّلاقِ عليه وغايةُ ما فيه أنّا شاكّون في الوُقوعِ والشّكُّ فيه لا أثَرَ له وظاهرٌ أنّ مَحَلَّ الخلافِ في مُجَرَّدِ تَكْذيبِه لها أمّا لو ادَّعَتْ عليه بنفقتها مثلًا فقال لا تَلْزَمُني؛ لأنّك نَوَيْت فلا بُدَّ من حَلِفِها فإنْ نَكلَتْ فحَلَفَ طَلُقت اتّفاقًا؛ لأنّ نُكولها قرينةٌ مُسَوِّغةٌ لِحَلِفِه فكان كإقرارِها ويَجْري هذا كما هو ظاهرٌ فيما لو عَلَّقَ بكلِّ ما لا يُعْلَمُ إلا منها كمَحَبَّتِها له وادَّعاها فأنكرتْ. ومن دعوَى الجهْلِ بالمحلوفِ عليه أنْ تُريدَ الخُروجَ لِمَحَلٍّ مُعَيَّنٍ فيحلِفُ أنّها لا تخرُجُ فتخرُجُ ثمّ تَدَّعي أنّه لم يحلِفْ إلا على الخُروجِ لِذلك المحَلِّ وأنّها لم تخرُجْ إليه فلا حِنْثَ لِقيامِ القرينةِ على صِدْقِها في اعتقادِها المذكورِ وهو مُسْتَلْزِمٌ لِجَهْلِها بالمحلوفِ عليه وحينئذٍ فلا نَظَرَ هنا إلى تَكْذيبِ الزوجِ لها أيضًا قال الجلالُ البُلْقينيُّ ولو صَدَّقَه الزوجُ في دعوَى النّسيانِ وكذَّبَتْه حَلَفَ الزوجُ لا المُعَلَّقُ بفعلِه ويُؤَيِّدُه قولُ والِدِه، وإنْ كان مُخالِفًا لِترجيحِ الشيخينِ في الأيمانِ في إنْ خَرَجْت بغيرِ إذْني الآتي قُبَيْلَ الفصلِ في إنْ خَرَجْت بغيرِ إذْنِ أبيك فخرجتْ فقال الزوجُ بإذْنِه وأنكر حَلَفَ الزوجُ لا الأبُ، وإنْ وافَقته ولو ادَّعَى النّسيانَ ثمّ العلمَ لم يُعْمَلْ بما قاله ثانيًا (وإلا) بأنْ لم يُبالَ بتعليقِه كسُلْطانٍ أو حَجيجٍ عَلَّقَ بقُدومِه علم أو لا قصَدَ إعلامَه أو لا أو بالى به، ولم يعلم، وقد قصَدَ إعلامَه لَكِنّ هذه غيرُ مُرادةٍ؛ لأنّ المنقولَ المعتمدَ فيها عدمُ الوُقوعِ كما يأتي نعم، إنْ أُريدَ بعلم غايَته فقط، وهو قصْدُ الإعلامِ لم تَرِدْ عليه هذه على أنّ قرينةَ قولِه قطعًا تُخرِجُها إذْ مَنْ تأمّلَ سياقَه علم أنّ فيها الخلافَ وأن الرّاجِحَ عدمُ الحِنْثِ أو بالى به، ولم يقصِدْ إعلامَه لِحَثِّه أو لِمَنْعِه، وإنْ علم به (فيقعُ قطعًا) ولو مع نحوِ النّسيانِ أو الإكْراه؛ لأنّ الحلِفَ لم يَتعلَّقْ به حينئذٍ غَرَضُ حَثٍّ، ولا مَنْعٍ، وإنّما هو مَنوطٌ بوجودِ صورةِ الفعلِ. نعم، لو عَلَّقَ بقُدوم زَيْدٍ، وهو عاقِلٌ فجُنّ ثمّ قدِمَ لم يقعْ كما في الكِفايةِ عن الطّبَريِّ وظاهرُه أنّه لا فرقَ بين أنْ يُبالي زَيْدٌ به ويقصِدَ إعلامَه وأنْ لا، وفيه نَظَرٌ

....

لِما مَرَّ في شرحِ قولِه وقَعَ عندَ اليأسِ من الدُّخولِ أنّ الدُّخولَ من المجنونِ كهو من العاقِلِ ثُمّ رأيتهم صرحوا بأنّه لو عَلَّقَ بتكليمِها زَيْدًا فكلَّمته ناسيةً أو مُكْرَهةً أو مجنونةً لم يحنَث قال القاضي إلا إنْ عَلَّقَ بذلك، وهي مجنونةٌ، وهذا صريحٌ في أنّ الأصحابَ قائلون بعدمِ الفرقِ وإنّ كلامَ القاضي والطَّبَرِيِّ مَقالةٌ مُخالِفة لِكلامِهم وعليها فقد يُفَرَّقُ بينه وبين ما قبله بأنّ من شَأنِ فعلِ مَنْ طَرَأ جُنونُه بعدَ الحلِفِ أنّه لا يُقْصَدُ بالحلِفِ أصلاً فلم يتناوَلْه اليمينُ بخلافِ فعلِ نحوِ النّاسي، ولا يَرِدُ على المتنِ عدمُ الوُقوعِ في نحوِ طِفْلٍ أو بهيمةٍ أو مجنونٍ عُلِّقَ بفعلِهم فأُكْرِهوا عليه؛ لأنّ الشّارِعَ لَمّا ألغى فعلَ هَؤُلاءِ وانضَمَّ إليه الإكْراه أخرجَه عن أنْ يُنْسب إليهم وبه فارَقَ الوُقوعُ مع الإكْراه فيما ذُكِرَ آنِفًا وبِما أوّلْت به المتنَ أنّ المُرادَ بالعلمِ هو غايَتُه المذكورةُ وأنّ سياقَه يُخْرِجُ تلك الصّورةَ اندَفع استشْكالُ جمعٍ له بأنّه يقتضي القطعَ بالوُقوعِ فيها مع كونِه جاهِلاً فكيف يقعُ بفعلِه قطعًا دون النّاسي أو المُكْرَه أو الجاهِلِ بالمحلوفِ عليه مع أنّه أولى بالعُذْرِ منه لِسَبْقِ علمِه على أنّ الإسنَويَّ نَقَلَ عن الجمهورِ أنّ فيه القولينِ أظهرُهما لا حِنْثَ ولِقوّةِ الإشكالِ حَمَلَ السُّبْكيُّ المتنَ على ما عدا هذه.

واستَدَلَّ بعبارةِ الروضةِ وتَبِعَه غيرُه فقال ويُستَثنَى من المنهاجِ ما إذا قصَدَ إعلامَ المُبالي، ولم يُعْلِم فلا يحنَثُ كما اقتضاه كلامُ الروضةِ وأصلِها أي ونَقَله الزّركشيُّ عن الجمهورِ ولِوُضوحِ هذا الاستثناءِ من سياقِه أو لِتأويلِ عبارَته أطالَ المُحَقِّقون في رَدِّ الاعتراضِ عليه كالبُلْقينيِّ ووَلَدِه الجلالِ وأبي زُرْعةَ لَكِنّه فصَّلَ فيه تفصيلاً في فتاويه في بعضِه نَظَرٌ، وأمّا حملُ المتنِ ليوافِقَ الاعتراضَ على أنّ المُرادَ، وإلا يحصُلْ علمٌ، ولا مُبالاةٌ فالقطعُ بالوُقوعِ مُرَتَّبٌ على انتفائِهما مَعًا دون أحدِهما فمَرْدودٌ بقَطْعِهم به فيما إذا لم يُبالِ به وعلم ولو أطلقَ فلم يقصِدْ حَثًّا، ولا مَنْعًا، ولا تعليقًا محضًا بل أخرجَه مخرَجَ اليمينِ وقَعَ عندَ ابنِ الصّلاحِ وجَرى عليه جمعٌ، وإنْ رَدَّه تلميذُه ابنُ رَزِينٍ بأنّ الأصحابَ أطلقوا فيها القولينِ ومختارُ كثيرين منهم الرّافِعيُّ عدمَ الوُقوعِ ووَجَّهَه بأنّ الغالِبَ مِمَّنْ يحلِفُ على فعلٍ مُستقبَلٍ من مُبالٍ أنّه يقصِدُ حَثَّه أو مَنْعَه فلم يقعْ مع نحوِ النّسيانِ إلا أنْ يَصْرِفَه بقَصْدِ وجودِ صورةِ الفعلِ.

وكان الفرقُ بين هذا وما مَرَّ عنه في فعلِ نفسِه أنّه لا غالِبَ في فعلِ نفسِه بل التعليقُ فيها خارِجٌ مخرَجَ اليمينِ المُجَرَّدةِ فأثّرَ مُطْلَقًا إلا إنْ تَحَقَّقَ قصْدُه لِحَثِّ نفسِه أو مَنْعِها بخلافِ فعلِ الغيرِ فإنّ الغالِبَ فيه ما مَرَّ فلم يُؤَثِّر التعليقُ إلا مع تَحَقُّقِ صَرْفِه عن ذلك بأنْ يقصِدَ به مُجَرَّدَ صورةِ الفعلِ، وفيه ما فيه وإذا لم يقعْ بفعلِ نحوِ النّاسي لا تنحَلُّ به اليمينُ كما قالاه في موضِعَين واعتمده البُلْقينيُّ وغيرُه، وإن اقتضى كلامُهما في ثالِثٍ الانحِلالَ واعتمده الإسنَويُّ وعلى الأوّلِ يُفَرَّقُ بين هذا وانحِلالِها في شَكٍّ مُعَلَّقِ القضاءِ بالهِلالِ فيه فأخَّرَ فبانَ أنّه اللّيْلةَ الماضيةَ بتعذُّرِ الحِنْثِ في هذه بعدُ فلا فائِدةَ لِبَقاءِ اليمينِ بخلافِه في مسألَتنا ويُؤْخَذُ من عدمِ انحِلالِها بما أُكْرِهَ عليه أنّ مَنْ حَلَفَ لا يُكلِّمُ

....

غيرَه فأجبرَه القاضي على كلامِه فكلَّمَه لم يحنَث بما يَزولُ به الهجْرُ المُحرَّمُ، وهو مَرّةٌ في كلِّ ثلاثةِ أيّام؛ لأنّ هذه هي المُكْرَه عليها بخلافِ الزّائِدِ عليها في الثلاثِ فإنّ الإكْراهَ لا يتناوَلُه لِما تقرّر أنّ القَصْدَ بالإكْراه هنا إنّما هو إزالةُ الهجْرِ المُحرَّمِ لا غيرُ ومَرَّ في مَبْحَثِ الإكْراه ما له تعلُّقٌ بهذا قال بعضُ شُرّاحِ البُخاريِّ، وإنّما يحرُمُ هَجْرُ أكثرِ من الثلاثِ إنْ واجَهَه، ولم يُكلِّمْه حتى بالسّلامِ أمّا لو لم يواجهْه فلا حرمةَ، وإنْ مَكثَ سِنين، وهو ظاهرٌ.

ولا تنحَلُّ أيضًا في نحوِ إنْ خَرَجْت لابِسةً الحريرَ فخرجتْ لابِسةً غيرَه ثمّ خرجتْ لابِسةً له فيحنَثُ؛ لأنّ الخرْجةَ الأولى لم يتناوَلْها اليمينُ أصلًا إذِ التعليقُ فيها ليس له إلا جِهةُ حِنْثٍ، وهي الخُروجُ المُقيَّدُ بلُبْسِ الحريرِ فمتى وُجِدَ حَنِثَ وخُروجُها غيرَ لابِسةٍ لا يُسَمَّى جِهةَ برٍّ لِما تقرّر أنّ اليمين لم تَتَناوَلْه بخلافِ إنْ خَرَجْت بغيرِ إذْني فخرجتْ بإذْنِه ثمّ بغيرِ إذْنِه لا حِنْثَ؛ لأنّ لها جِهةَ برٍّ، وهي الأولى وجِهةَ حِنْثٍ، وهي الثانيةُ فتَناوَلَتْ كلًّا منهما وأيضًا فالأولى هي مقصودُ الحلِفِ فتَناوَلَها فانحَلَّ بها، ولا كذلك في لابِسةِ حَريرٍ فتأمّلْه وأفتى السُّبْكيُّ فيمَنْ حَلَفَ لَيُعْطِيَنّ زَيْدًا كلَّ يوم كذا فلم يُعْطِه يومًا بانحِلالِها بحِنْثِه هذا فإذا راجَعَها، ولم يُعْطِه شيئًا لم تَطْلُقْ وغيرُه بأنّه لو حَلَفَ لا يُسافِرُ معه فسافَرَ أي وحدَه ثمّ سافَرَ معه حَنِثَ لِعدمِ الانحِلالِ أي كما في مسألةِ الحريرِ، وفي الروضةِ حَلَفَ لا يَرُدُّ النّاشِزةَ أحدٌ فأكتَرَتْ ورجعتْ مع المُكاري لم تَطْلُقْ؛ لأنّه صَحِبَها، ولم يَرُدَّها وانحَلَّتْ فلو خرجتْ فرَدَّها الزوجُ أو غيرُه لم يحنَث إذْ ليس في اللّفظِ ما يقتضي تكْرارًا وتنحَلُّ أيضًا في إنْ رأيت الهِلالَ وصرّح بالمُعايَنةِ قولُه: وقولُه: لِحَقِّ إلَخْ لَعَلَّ ذلك ثابِتٌ في نُسختِه اهـ. أو فسَّرَ بها وقَبِلْناه فمَضى ثلاثُ لَيالٍ فلم يَرَه فيها من أوّلِ شهرٍ يستقبِلُه، وفي إنْ دَخَلْت إنْ كلَّمْت فأنت طالِقٌ يُشْتَرَطُ تقديمُ الأخيرِ فإنْ عَكسَتْ أو وُجِدا مَعًا لم تَطْلُقْ وانحَلَّت اليمينُ فلو كلَّمته بعدَ ذلك ثمّ دخلتْ لم يحنَث؛ لأنّ اليمين تنعَقِدُ على المرّةِ الأولى هذا ما نَقَلاه عن المُتَوَلّي وأقَرّاه واعتَرَضَهما الإسنَويُّ وغيرُه بأنّ المحلوفَ عليه إنّما هو دخولٌ سبَقَه كلامٌ، ولم يوجَدْ إلا بعضُه، وهو الكلامُ فاليمينُ باقيةٌ حتى لو دخلتْ لم يحنَث، وفي أنت طالِقٌ قبلَ قُدومِ زَيْدٍ بشهرٍ فقَدِمَ قبلَ أكثرِ من شهرٍ من أثناءِ التعليقِ لم تَطْلُقْ وانحَلَّتْ حتى لو قدِمَ زَيْدٌ بعدُ بأنْ سافَرَ ثمّ قدِمَ، وقد مَضى أكثرُ من شهرٍ لم تَطْلُقْ، وفي إنْ دَخَلْت أو كلَّمْت فأنت طالِقٌ تَطْلُقُ بأحدِهما، وكذا إنْ قدِمَ أنت طالِقٌ على الشرطِ وانحَلَّتْ يَمينُه فيهما فلا يقعُ بالصِّفةِ الأخرى شيءٌ، وفي إنْ تَرَكْت طلاقَك فأنت طالِقٌ يقعُ إذا لم يُطَلِّقْها فوْرًا، وكذا إنْ سكتَ عنه بخلافِ إنْ لم أتْرُكْ أو إنْ لم أُطَلِّقْ فلا فوْرَ فإنْ طَلَّقَ فوْرًا انحَلَّتْ يَمينُ التّركِ فلا تَقَعُ أخرى؛ لأنّه لم يَتْرُكْ طلاقَها بخلافِ يَمينِ السُّكوت فتَقَعُ أخرى بسُكوته وانحَلَّتْ يَمينُه وفَرَّقَ ابنُ العِمادِ أخذًا من كلام الماوَرْديِّ بأنّه في الأولى عَلَّقَ على التّركِ، ولم يوجَدْ، وفي الثانيةِ على السُّكوت، وقد وُجِدَ؛ لأنّه يَصْدُقُ عليه أنْ يُقال سكتَ عن طلاقِها، وإنْ لم يسكُت

....

أوّلاً، ولا يصحُّ أنْ يُقال تَرَكَ طلاقَها إذا لم يَتْرُكْه أو لا اهـ وفيه نَظَرٌ ؛ لأنّ ما عُلِّلَ به من الصِّدْقِ أو عدمِه إنْ أُريدَ به الصِّدْقُ لُغةً فظاهرٌ أنّ اللُّغةَ ليستْ كذلك أو شرعًا فكذلك أو عُرْفًا فإنْ أُريدَ عُرْفٌ خاصٌّ فلْيُبيِّنْ أو عامٌّ ففيه ما فيه، وإنّما أطَلْت في جمعِ هذه المسائلِ المُتعلِّقة بالانحِلالِ ؛ لأنّه مَبْحَثٌ مُشْكِلٌ ؛ لأنّ كلامَهم فيه غامِضٌ فاحتيجَ إلى جمعِ مُتفَرِّقات كلامِهم فيه.

(فرعٌ): عَلَّقَ الطّلاقَ بصِفة ثمّ وُجِدَتْ واستَمَرَّ مُعاشِرًا لِزوجَته ثمّ مات لم تَرِث منه كما أفتى به بعضُهم لِوُقوعِ الطّلاقِ عليها بظاهِرِ وجودِ الصِّفة، ولا نَظَرَ لاحتمالِ نحوِ نِسيانٍ ؛ لأنّه مانِعٌ للوُقوعِ والأصلُ عدمُ المانِعِ ولأنّا نَشُكُّ الآنَ في استحْقاقِها للإرثِ لأصلِ عدمِه فلا نَظَرَ مع ذلك لأصلِ بَقاءِ العِصْمةِ ويوافِقُ ذلك إفتاءُ بعضِهم أخذًا من كلامِ الجلالِ البُلْقينيِّ فيمَنْ حَلَفَ لا يدخلُ زَيْدٌ الدّارَ فدخل وشَكَّ أهو مُبالٍ أو ناسٍ وهل قصَدَ الحالِفُ مَنْعَه أو لا بأنّه يحنَثُ بالدُّخولِ، وإنْ لم يعلم حالَ الدّاخِلِ وخالف في ذلك بعضُهم فأفتى فيمَنْ حَلَفَ لَيقضيَنّ حقَّه يومَ كذا فمَضى اليومُ، ولم يقضِه ثمّ مات، ولم يدرِ بأنّه لا يحنَثُ لاحتمالِ نِسيانِه أو إعسارِه والعِصْمةُ مُحقَّقة فلا تُرْفَعُ بالشّكِّ وكان أصلُ قولِه تَطْلُقُ بأحدِهما في نُسخةٍ لم تَطْلُقْ وكتَبَ عليها هذا ظاهرٌ إنْ قال إنْ دَخَلْت وكلَّمْت بالواوِ لا بأو فلْيُحَرَّر اهـ من بعضِ الهوامِشِ.

هذا التّخالُفُ نَشَأ من تَناقُضِ الشيخينِ في أنت طالِقٌ إلا أنْ يقدُمَ زَيْدٌ ثمّ مات زَيْدٌ وشَكَّ هل قدِمَ أو لا فجَرَيا هنا على عدمِ الوُقوعِ لِلشَّكِّ في الصِّفة الموجِبةِ لِلطَّلاقِ. وفي الأيمانِ على الوُقوعِ، وهو الذي عليه الأكثرون وبه يُعْلَمُ صِحّةُ الإفتاءِ الأوّلِ والثاني وأنّ الثالِثَ مَبنيٌّ على ما عليه الأقلّون، وفي الروضةِ في أنت طالِقٌ أمسِ ذِكْرُ أحوالٍ مَنوطةٍ بإرادَته بعضُها يقعُ وبعضُها لا ثمّ قال فإنْ مات، ولم يُفَسِّرْ حَنِثَ، وفي إنْ لم أصطَدْ هذا الطّائِرَ اليومَ فأصطادَ طائِرًا وشَكَّ أهو هو أو لا حَنِثَ ورجح أيضًا في إنْ لم يدخلْ أو إنْ لم يَشَأ اليومَ وجُهِلَ دخولُه أو مَشيئَته أنّه لا حِنْثَ ومُنازعةُ الإسنَويِّ وغيرِه فيه رَدَّها الأذرَعيُّ بأنّه الموافِقُ لِلنّصِّ ولَك أنْ تقولَ لا تُخالِفُ في الحقيقة ؛ لأنّ المُعَلَّقَ عليه تارةً يوجَدُ ويُشَكُّ في مُقارَنةِ مانِعٍ له لم يَدُلَّ عليه اللّفْظُ كالنّسيانِ، وهذا لا أثَرَ لِلشَّكِّ فيه ؛ لأنّ الأصلَ عدمُ المانِعِ ومُجَرَّدُ احتمالِ وجودِه لا أثَرَ له إذْ لا بُدَّ من تَحَقُّقِه، ومنه المسائلُ المذكورةُ قبلَ ما في الروضةِ وتارةً يُشَكُّ في وجودِ أصلِ المُعَلَّقِ عليه، وهذا لا وُقوعَ فيه على المعتمدِ خلافًا لِما عليه الأكثرون إذْ لا بُدَّ من تَحْقيقِه، ومنه ما في الروضةِ في مسألةِ الطّائِرِ وما معها وعلى هذا يُحْمَلُ اختلافُ كلامِهم ويتبيَّنُ أنّ المعتمدَ الإفتاءُ الأوّلُ والثاني دون الثالِثِ فتأمّلْ ذلك فإنّه مُهِمٌّ فإنْ قُلْت: يَرِدُ على ذلك ما تقرّر في مسألةِ الشّكِّ في المشيئةِ والدُّخولِ فإنّه شَكٌّ في وجودِ المانِعِ، وقد عَمِلوا به على المعتمدِ المذكورِ. قُلْت قد أشرت إلى الجوابِ عن هذا بقولي أو لا لم يَدُلَّ عليه اللّفظُ وسِرُّه أنّه مُعَلَّقٌ عليه حينئذٍ، وقد شَكَكْنا في وجودِ الصِّفة المُعَلَّقِ عليها كما في الروضةِ فأثَّرَ ذلك، وإنْ كان

....

وجودُها مانِعًا فإنْ قُلت: وقَعَ في كلامِ غيرِ واحدٍ التّسويةُ في إلا أنْ يقدُمَ زَيْدٌ بين ما إذا شُكَّ في أصلِ قُدومِه، وهو الذي في الروضةِ وغيرِها وما إذا عُلِمَ قُدومُه وشُكَّ هل قدِمَ حَيًّا أو مَيِّتًا فلا حِنْثَ هنا أيضًا، وهذا مُشْكِلٌ بما لو شُكَّ هل قدِمَ ناسيًا أو ذاكِرًا فإنّه يحنَثُ هنا كما يقتضيه الإفتاءانِ الأوّلانِ قُلت لا إشكالَ بل هما هنا سواءٌ في أنّه لا حِنْثَ لِلشَّكِّ في وجودِ الصِّفة المُعَلَّقِ عليها، وهي القُدومُ الخالي عن الموانِعِ، وأمّا الإفتاءانِ المذكورانِ فإنّما مَحَلُّهما في مانِعٍ لم يَتعرَّضْ له في اللّفظِ بوجهٍ كما عُلِمَ مِمّا قدَّمْته هذا ويُشْكِلُ على المعتمدِ المذكورِ قولُهما في الأيمانِ في واللّه لأدْخُلَنّ إلا أنْ يَشاءَ زَيْدٌ وشُكَّ في مَشيئَته أنّه يحنَثُ واختلف المُتأخِّرون فمنهم مَنْ عَدَّ هذا مع قولِهما هنا لا حِنْثَ تَناقُضًا وهم الأكثرون، ومنهم مَنْ فرَّقَ بين البابَين كابنِ المُقْري فإنّه فرَّقَ بما حاصِلُه أنّ الحِنْثَ هنا يُؤَدّي إلى رَفْعِ النّكاحِ بالشّكِّ بخلافِه ثُمَّ واعتَرَضَه غيرُ واحدٍ بأنّ الحِنْثَ ثَمَّ يُؤَدّي أيضًا إلى رَفْعِ براءةِ الذِّمّةِ بالشّكِّ وأجابَ عنه شيخُنا بأنّ النّكاحَ جُعْليٌّ والبراءةَ شرعيٌّ والجُعْليُّ أقوى من الشرعيِّ كما صرحوا به في الرّهْنِ ووجه قوّته أنّ ما يُلْزِمُ الإنسانُ به نفسَه أقوى مِمّا يُلْزِمُه به غيرُه فلِكونِ النّكاحِ أقوى لم يُؤَثِّر الشّكُّ فيه بخلافِ البراءةِ، ولا يُنافي الإفتاءَين الأوّلينِ كما هو ظاهرُ قبولِ دعوَى الزوجِ لو كان حَيًّا النّسيانَ أو نحوَه. وكذا وفاءُ الدّين لكن بالنّسبةِ لِعدمِ الوُقوعِ لا لِسُقوطِ الدّين عنه بذلك أخذًا من إفتاءِ القاضي لكن خالفه ابنُ الصّلاحِ بأنّه لو عَلَّقَ بعدمِ الإنفاقِ عليها ثُمّ ادَّعاه قُبِلَ لِعدمِ وُقوعِ الطّلاقِ؛ لأنّ الأصلَ بَقاءُ العِصْمةِ لا لإسقاطِ نفقتها؛ لأنّ الأصلَ بَقاؤُها واعتُرِضَ ما قاله القاضي بترجيحِ الشيخينِ في الأيمانِ في إنْ خَرَجْت بغيرِ إذْني فخرجتْ وادَّعَى الإذْنَ وأنكرتْه أنّها تُصَدَّقُ ونَقَلَ البَغَويّ عن القاضي أنّه أجابَ به مَرّةً؛ لأنّ الأصلَ عدمُ الإذْنِ قال الأذْرَعيُّ هذا ما تَضَمَّنَه كلامُ كثيرين أو الأكثرين، وقد كُنْت مِلْت إلى قولِ ابنِ كجٍّ يُصَدَّقُ هو ثُمّ تَوَقَّفْت فيه لِفَسادِ الزّمانِ واعتمده الزّركشيُّ أيضًا ويُؤَيِّدُه ما مَرَّ أنّ كلَّ ما يُمْكِنُ إقامةُ البيِّنةِ عليه لا يُصَدَّقُ مُدَّعيه والإذْنُ والإنفاقُ مِمّا يُمْكِنُ إقامةُ البيِّنةِ عليهما، ولا يُشْكِلُ عليه ما مَرَّ في مسائلِ الشّكِّ؛ لأنّه لا مُنازِعَ ثَمَّ وبِفرضِه فنِزاعُه مُستَنِدٌ لِمُجَرَّدِ حَزْرٍ وتخمينٍ من غيرِ أنْ يستَنِدَ لأصلٍ، ولا ظاهرٍ فلم يُعَوَّلْ عليه بخلافِه فيما ذُكِرَ فاندَفع ما لِبعضِهم هنا وبِذلك كلِّه تَتأيَّدُ مُخالَفة ابنِ الصّلاحِ للقاضي وقياسُ ذلك أنّه لو عَلَّقَ بلَعْنِها لِوالِدَيْه ثُمّ ادَّعَى أنّها لَعَنَتْهما أي: ولم نَقُلْ بما مَرَّ آنِفًا عن الماوَرْديّ في شرحٍ فكذلك فأنكرتْ صُدِّقت لإمكانِ إقامةِ البيِّنةِ على اللّعْنِ وقولُ بعضِهم تُصَدَّقُ هي بالنّسبةِ لِعدمِ العُقوبةِ لا للوُقوعِ إنّما يتأتّى على ما مَرَّ عن القاضي. وقد عُلِمَ ما فيه نعم، قد يُؤَيِّدُه قولُ الشيخينِ عن البوشَنْجيّ وأقرّاه لو قال: أنت طالِقٌ لِلسّنّةِ ثُمّ ادَّعَى الوطءَ في هذا الطُّهرِ لِيَمْتَنِعَ الوُقوعُ حالاً وادَّعَتْ عدمَه صُدِّقَ، وقد يُجابُ بأنّ الوطءَ تَتعسَّرُ إقامةُ البيِّنةِ عليه فصُدِّقَ فيه لِقوّةِ أصلِ بَقاءِ العِصْمةِ هنا ثُمّ رأيت بعضَ المُتأخِّرين أجابَ بذلك حيثُ قال ذكرَ الأصحابُ في إنْ لم أطَأْك اللّيْلةَ أنّ القولَ قولُه

فَصْلٌ

قال أنتِ طالِقٌ وأشارَ بأُصْبُعَيْنِ أو ثَلاثٍ لم يَقَعْ عَدَدٌ إلّا بنيّةٍ، فإنْ قال مع ذلك هَكَذا طَلُقَتْ في أُصْبُعَيْنِ طَلْقَتَيْنِ وفي ثَلاثٍ ثَلاثًا، فإنْ قال أرَدْت بالإشارةِ المقْبوضَتَيْنِ صُدِّقَ بيَمينِهِ. ولو قال عبدٌ إذا ماتَ سَيِّدي فأنْتِ طالِقٌ طَلْقَتَيْنِ، وقال سَيِّدُه إذا مِتُّ فأنْتَ حُرٌّ فَعَتَقَ به فالأَصَحُّ أنّها لا تَحْرُمُ بل له الرَّجْعةُ، وتَجْديدٌ قبلَ زَوْجٍ. ولو نادَى إحْدَى زَوْجَتَيْه فأجابَتْه الأُخْرَى فقال أنْتِ طالِقٌ وهو يَظُنُّها المُناداةَ لم تَطْلُق المُناداةُ ....

في الوطءِ لِعُسرِ إقامةِ البيِّنةِ عليه قال غيرُه وتصديقُ مُدَّعي الوطءِ لا يَتعدَّى إلى غيرِه من الخفيّات فالرّاجِحُ تصديقُها في غيرِه مِمّا يَتعلَّقُ بفعلِ أحدِهما وبه جَزَمَ المُتَوَلّي وغيرُه ا هـ وتفرقة بعضِهم بين كونِ الفعلِ الظّاهرِ المُعَلَّقِ عليه من أحدِ الزوجَين وكونِه من غيرِهما ليستْ بصحيحةٍ؛ لأنّ الملْحَظَ كما تقرّر إمكانُ البيِّنةِ وعدمُه، وهو لا يختلفُ بذلك.

فصل في الإشارةِ إلى العددِ وأنواعٍ من التعليقِ

(قال) لِزوجَته (أنت طالِقٌ وأشارَ بإصبعَين أو ثلاثٍ لم يقعْ عددٌ) أكثرُ من واحدةٍ (إلا بنيّةٍ) له عندَ قولِه طالِقٌ، ولا تَكْفي الإشارةُ؛ لأنّ الطّلاقَ لا يَتعدَّدُ إلا بلفظٍ أو نيّةٍ؛ لأنّه مِمّا لا يُؤَدَّى بغيرِ الألفاظِ، ومن ثَمَّ لو وُجِدَ لفظٌ أثّرَت الإشارةُ كما قال (فإنْ قال مع ذلك) القولِ المقترِنِ بالإشارةِ (هَكذا طَلُقت في إصبعَين طَلْقتَين، وفي ثلاثٍ ثلاثًا)، ولا يُقبَلُ في إرادةِ واحدةٍ بل يَدَين؛ لأنّ الإشارةَ بالأصابعِ مع قولِ ذلك في العددِ بمنزلةِ النّيّةِ كما في خبرِ الشّهْرِ هَكذا إلى آخِرِه هذا إنْ أشارَ إشارةً مُفْهِمةً لِلثِّنْتَين أو الثلاثِ لاعتيادِها في مُطْلَقِ الكلام فاحتاجَتْ لِقَرينةٍ تَخَصُّصُها بأنّها لِلطّلاقِ وخرج بمع ذلك أنت هَكذا فلا يقعُ به شيءٌ، وإنْ نَواه إذْ لا إشعارَ لِلَّفْظِ بطلاقٍ وبه فارَقَ أنت ثلاثًا (فإنْ قال أرَدْت بالإشارةِ) في صورةِ الثلاثِ (المقبوضَتَين صُدِّقَ بيَمينِه) لاحتمالِ اللّفْظِ له فيقعُ ثِنْتانِ فقط. (ولو قال عبدٌ) لِزوجَته (إذا مات سيِّدي فأنت طالِقٌ طَلْقتَين وقال سيِّدُه) له (إذا مِتّ فأنتَ حُرٌّ فعتَقَ به) أي بموت سيِّدِه بأنْ خرج من ثُلُثِه أو أجازَ الوارِثُ أو قال إذا جاءَ الغدُ فأنت طالِقٌ طَلْقتَين وقال سيِّدُه إذا جاءَ الغدُ فأنتَ حُرٌّ (فالأصحُّ أنّها لا تَحْرُمُ) عليه الحرمةُ المُحْتاجةُ لِمُحَلِّلٍ (بل له الرّجعةُ) في العِدّةِ (وتجديدٌ) بعدَها ولو (قبلَ زوجٍ)؛ لأنّ الطّلْقتَين والعتقَ وقَعا مَعًا بالموت أو بمَجيءِ الغدِ فغلب حكمُ الحُرّيّةِ لِتَشَوُّفِ الشّارِعِ لها وكما تَصِحُّ الوصيّةُ لِمُدَبَّرِه ومُستولَدَته مع أنّ استحْقاقَهما يُقارِنُ العتقَ فجُعِلَ كالمُتَقَدِّمِ عليه أمّا عتقُ بعضِه فيقعُ معه ثِنْتانِ ويحتاجُ لِمَحَلٍّ؛ لأنّ المُبَعَّضَ كالقِنِّ في العددِ وخرج بإذا مات سيِّدي ما لو عَلَّقَها بآخرَ جُزْءٍ من حياةِ السّيِّدِ فيحتاجُ لِمُحَلِّلٍ لِوُقوعِهما في الرِّقِّ.

(ولو نادَى إحدَى زوجَتَيه فأجابَتْه الأخرى فقال أنت طالِقٌ، وهو يَظُنُّها المُناداةَ لم تَطْلُقْ المُناداةُ)؛ لأنّه لم يُخاطِبْها حقيقة.

وتَطلُقُ المُجيبةُ في الأصَحِّ. ولو عَلَّقَ بأكْلِ رُمّانةٍ وعَلَّقَ بنِصْفٍ فأكَلَتْ رُمّانةً فطَلْقَتانِ والحلِفُ بالطّلاقِ ما تَعَلَّقَ به حَثٌّ أو مَنْعٌ أو تَحْقيقُ خَبَرٍ، فإذا قال إنْ حَلَفْت بطَلاقٍ فأنْتِ طالِقٌ ثم قال إنْ لم تَخْرُجي أو إنْ خَرَجْت أو إنْ لم يَكُنِ الأمرُ كما قُلْت فأنْتِ طالِقٌ وقَعَ المُعَلَّقُ بالحلِفِ، ويَقَعُ الآخَرُ إنْ وُجِدَتْ صِفَتُهُ. ولو قال إذا طَلَعَت الشّمسُ أو جاءَ الحُجّاجُ

(وتَطلُقُ المُجيبةُ في الأصحِّ)؛ لأنّها المُخاطَبةُ به حَقيقة، ولا عبرةَ بظَنٍّ بانَ خطؤه وخرج بيَظُنُّها المُناداةُ الذي هو مَحَلُّ الخلافِ علمه أو ظَنّه أنّ المُجيبةَ غيرُ المُناداةِ فإنْ قصدَها طَلُقت فقط أو المُناداةُ طَلُقَتا فإنْ قال لم أقصِد المُجيبةَ دين ولو قال طَلَّقْتُك أو أنت طالِقٌ وقال إنّما خاطَبْت يَدَيَّ أو شيئًا فيها مثلًا لم يُقْبل ظاهرًا بل، ولا يَدينُ كما قاله الماوَرْديُّ والشّاشيُّ واعتمده القموليُّ وغيرُه كما مَرَّ وبه يُرَدُّ ترجيحُ بعضِهم أنّه يُدَيَّنُ وإفتاءُ كثيرين يَمَنيّةٌ وغيرُهم بأنّه إذا أشارَ إلى أُصْبُعِه أو شيءٍ آخرَ حالَ تَلَفُّظه بالطّلاقِ وقال أرَدْت ما أشرت إليه وصَدَّقته على الإشارةِ أو قامت بها بَيِّنةٌ قُبِلَ وكأنّهم لم يَرَوْا تعبيرَ الماوَرْديِّ والشّاشيِّ بقولِهما وأشارَ بإصبعِه ثمّ قال أرَدْت بها الإصبَعَ دون الزوجةِ لم يَدِنْ في الأصحِّ، وأمّا تصديقُ الزوجةِ أو قيامُ بَيِّنةٍ بالإشارةِ فلا يُفيدُ؛ لأنّ مَلْحَظَ التّديينِ احتمالُ اللّفظِ للمَنْويِّ، وهو هنا لا يحتَمِلُه لِتصريحِهم بأنّه لو قال لِزوجَته ودابّةٍ إحداكُما طالِقٌ وقَعَ على الزوجةِ، ولا يُقْبَلُ دعواه إرادةَ الدّابّةِ؛ لأنّها لا تصلُحُ مَحَلًّا لِلطّلاقِ بخلافِها مع أجنَبيّةٍ كما مَرَّ فهذا تصريحٌ منهم بعدمِ القبولِ هنا؛ لأنّ ما أشارَ إليه لا يصلحُ مَحَلًّا لِلطّلاقِ وأفتى أبو زُرْعةَ فيمَنْ واطَأ الشُّهودَ بأنّه يُسَمّي حِمارَتَه باسمِ امرأته وأنّه إذا ذكرَ اسمَها يُريدُ الحِمارةَ ففعلَ بأنّه يقعُ ظاهرًا لا باطِنًا وما ذكرْته يَرُدُّه كما هو ظاهرٌ.

(ولو عَلَّقَ بأكلِ رُمّانةٍ وعَلَّقَ بنصفٍ) كإنْ أكلْت رُمّانةً فأنت طالِقٌ، وإنْ أكلْت نصفَ رُمّانةٍ فأنت طالِقٌ (فأكلَتْ رُمّانةً فطَلْقَتانِ) لِوجودِ الصّفتَين فإنْ عَلَّقَ بكلَّما فثلاثٌ؛ لأنّها أكلَتْ رُمّانةً مَرّةً ونصفًا مَرَّتَين ولو قال رُمّانةً فأكلَتْ نصفَيْ رُمّانتَين لم يقعْ شيءٌ؛ لأنّهما لا يُسَمَّيانِ رُمّانةً وكونُ النّكرةِ إذا أُعيدَتْ غيرًا ليس بمُطَّرِدٍ كما مَرَّ في الإقرارِ على أنّ المُغَلَّبَ هنا العُرْفُ الأشهَرُ من اللّغةِ أو هذا ونصفُه ورُبُعُه فأكلَتْه وقَعَ ثلاثٌ أو نصفُه فثِنْتانِ، وأمّا قولُ الصَّيْمَريِّ في هذه فثلاثٌ فبَعيدٌ جِدًّا وأشارَ في البيانِ إلى بنائِه على أنّ إنْ تقتَضي التّكرارَ أي: ولا نَعْلَمُ قائِلًا به.

(والحلِفُ بالطّلاقِ) وغيرِه إذا عَلَّقَ الطّلاقَ به (ما تعلَّقَ به حَثٌّ) على فعلٍ (أو مَنْع) منه لِنفسِه أو لِغيرِه أو لهما (أو تَحقيقُ خبرٍ) ذكرَه الحالِفُ أو غيرُه لِيَصَدَّقَ فيه؛ لأنّ الحلِفَ باللّه تعالى الذي الحلِفُ بالطّلاقِ فرعُه يشتَمِلُ على ذلك (فإذا قال إنْ حَلَفت بطلاقٍ فأنت طالِقٌ ثمّ قال إنْ لم تخرُجي) مِثالٌ للأوّلِ (أو إنْ خَرَجْت) مِثالٌ لِلثّاني (أو إنْ لم يكن الأمرُ كما قُلْت:) مِثالٌ لِلثّالِثِ (فأنت طالِقٌ وقَعَ المُعَلَّقُ بالحفِ) في الحالِ؛ لأنّه حَلِفٌ (ويقعُ الآخرانِ) كانت موطوءةً و(وُجِدَتْ صِفَتُه) وبَقيَت العِدّةُ كما عَلَّله بأصلِه وحَذَفَه لِوُضوحِه (ولو قال) بعدَ تعليقِه بالحلِفِ (إذا طَلَعَت الشّمسُ أو جاءَ الحُجّاجُ

فأنتِ طالِقٌ لم يَقَع المُعَلَّقُ بالحلِفِ. ولو قيلَ له استِخْبارًا أطَلَّقْتها فقال نَعَم فإقْرارٌ فإنْ قال أرَدْت ماضيًا وراجَعْت صُدِّقَ بيَمينِه، وإنْ قيلَ ذلك التِماسًا لإنْشاءٍ فقال نَعَم فَصَريحٌ وقيلَ كِنايةٌ.

فأنت طالِقٌ)، ولم يقعْ بينهما تَنازُعٌ في ذلك (لم يقع المُعلَّق بالحلِفِ) لِخُلوِّه عن أقسامِه الثلاثةِ بل هو تعليقٌ محضٌ بصِفة فيقعُ بها إنْ وُجِدَتْ، وإلا فلا. (ولو قيلَ له استخبارًا أطَلَّقتها) أي زوجَتَك (فقال نعم،) أو مُرادِفَها كجَيْرِ وأجَلْ وإي بكسرِ الهمزةِ ويظهرُ أنّ بَلى هنا كذلك لِما مَرَّ في الإقرارِ أنّ الفرقَ بينهما لُغَويٌّ لا شرعيٌّ (فإقرارٌ به)؛ لأنّه صريحُ إقرارٍ فإنْ كذَبَ فهي زوجَتُه باطِنًا (فإنْ قال أرَدْت) طلاقًا (ماضيًا وراجَعْت فيه صُدِّقَ بيَمينِه) لاحتمالِ ما يَدَّعيه وخرج براجَعْتُ جَدَّدْت وحكمُه كما مَرَّ في أنت طالِقٌ أمسِ وفَسَّرَه بذلك (فإنْ قيلَ) له (ذلك التماسًا) أي طَلَبًا منه (لإنْشاءِ) لإيقاعِ طلاقٍ، ومنه كما هو ظاهرٌ لو قيلَ له، وقد تَنازَعا في فعلِه لِشيءٍ الطّلاقُ يلزمُك ما فعلْت كذا (فقال نعم،) أو نحوَها (فصريحٌ) في الإيقاعِ حالاً (وقيلَ كِنايةٌ)؛ لأنّ نعم، ليستْ من صَرائِحِ الطّلاقِ ويُرَدُّ بأنّها، وإنْ كانت ليستْ صريحةً فيه لَكِنّها حاكيةٌ لِما قبلها اللاّزِمِ منه إفادَتُها في مثلِ هذا المقامِ أنّ المعنى نعم، طَلَّقْتها ولِصَراحَتِها في الحِكايةِ تَنَزَّلَتْ على قصْدِ السّائِلِ فكانتْ صريحةً في الإقرارِ تارةً، وفي الإنشاءِ أخرى تَبَعًا لِقَصْدِه.

وبهذا يَتَّضِحُ قولُ القاضي وقَطَعَ به البغَويّ واقتضى كلامُ الروضةِ ترجيحَه. ومن ثَمّ جَزَمَ به غيرُ واحدٍ من مختَصِريها لو قيلَ له إنْ فعلْت كذا فزوجَتُك طالِقٌ فقال نعم، لم يكن شيئًا وبه أفتى البُلْقينيُّ وغيرُه؛ لأنّه ليس هنا استخبارٌ ولا إنْشاءٌ حتى يَنَزَّلَ عليه بل تعليقٌ ونَعَم لا تُؤَدّي معناه فاندَفع قولُ البغَويّ مَرّةً أخرى يجبُ أنْ يكون على الوجهَين فيمَنْ قيلَ له أطَلَّقْت زوجَتَك فقال نعم، وكأنّ ابنَ رَزينٍ اغتَرَّ بكلامِه هذا فأفتى بالوُقوعِ وليس كما قال، وإنْ سبَقَه إليه المُتَوَلّي وتَبِعَه فيه بعضُ المُتأخِّرين وبحث الزّركشيُّ أنّه لو جُهِلَ حالُ السُّؤالِ هنا حُمِلَ على الاستخْبارِ وخرج بنَعَم ما لو أشارَ بنحوِ رَأسِه فإنّه لا عبرةَ به من ناطِقٍ على الأوجَه لِما مَرَّ أوّلَ الفصلِ وما لو قال طَلَّقْت فإنّه كِنايةٌ على الأوجَه أيضًا ويُفَرَّقُ بينه وبين طَلَّقْت بعدَ نحوِ طَلِّقي نفسَك أو طَلِّقْها بأنّه ثَمَّ امتثالٌ لِما سبَقَه الصّريحُ في الإلزام فلا احتمالَ فيه بخلافِه هنا فإنّه وقَعَ جوابًا لِما لا إلزامَ فيه فكان كِنايةً وما لو قال كان بعضُ ذلك فإنّه لَغْوٌ أيضًا لاحتمالِ سبقِ تعليقٍ أو وعْدٍ يَئولُ إليه أو قال أعلمُ أنّ الأمرَ على ما تقولُ فكذلك كما نَقَلاه وأقَرّاه؛ لأنّه أمَرَه أنْ يعلَمَ، ولم يحصُلْ هذا العلمُ.

ولو أوقَعَ ما لا يوقِعُ شيئًا أو لا يوقِعُ إلا واحدةً كأنت عليّ حرامٌ فظَنّه ثلاثًا فأقَرَّ بها بناءً على ذلك الظّنِّ قُبِلَ منه دعوَى ذلك إنْ كان مِمّنْ يخفى عليه ويَجْري ذلك فيما لو عَلَّقَها بفعلٍ لا يقعُ به مع الجهْلِ أو النّسيانِ فأقَرَّ بها ظانًّا وُقوعَها، وفيما لو فعلَ المحلوفَ عليه ناسيًا فظَنّ الوُقوعَ ففعله عامِدًا فلا يقعُ به لِظَنِّه زَوالَ التعليقِ مع شَهادةِ قرينةِ النّسيانِ له بصِدْقِه في هذا الظّنِّ فهو أولى من جاهِلٍ بالمُعَلَّقِ

فَصْلٌ

عَلَّقَ بأكْلِ رَغيفٍ أو رُمّانةٍ فَبَقيَ لُبابةٌ أو حَبّةٌ لم يَقَعْ. ولو أكَلا تَمرًا وخَلَطا نَواهما فقال إنْ لم تُمَيِّزي نَواكِ فأنْتِ طالِقٌ، فَجَعَلَتْ كُلَّ نَواةٍ وحْدَها لم يَقَعْ إلّا أنْ يَقْصِدَ تَعْيينًا ......

عليه مع علمِه ببَقاءِ اليمينِ كما مَرَّ، وإنّما لم يُقبل مَنْ قال: أنت بائِنٌ ثمّ أوقَعَ الثلاثَ بعدَ زَمَنٍ تنقضي به العِدّةُ ثمّ قال نَوَيْت بالكِنايةِ الطّلاقَ فهي بائِنٌ حالةَ إيقاعِ الثلاثِ؛ لأنّه هنا مُتَّهَمٌ برَفعِه الثلاثَ الموجِبةَ لِلتَّحْليلِ اللّازِمِ له ولو قيلَ له قُلْ هي طالِقٌ فقال ثلاثًا فالأوجَه أنّه إنْ نَوَى به الطّلاقَ الثلاثَ وأنّه مَبنيٌّ على مُقَدَّرٍ، وهو هي طالِقٌ وقَعْنَ، وإلا لم يقعْ شيءٌ ومثلُه ما لو قيلَ له سرِّحْها فقال سبعين ولو قال لِمَنْ في عِصْمَته طَلَّقْتُك ثلاثًا يومَ كذا فبانَ أنّها ذلك اليومَ بائِنٌ منه وقَعَ عليه الثلاثُ وحُكِمَ بغَلَطِه في التّاريخِ ذكرَه أبو زُرْعةَ.

فصل في انواعٍ أخرى من التعليقِ

(عَلَّقَ) بمُستَحيلٍ عقلاً كإنْ أحيَيْت مَيِّتًا أي أوجَدْت الرّوحَ فيه مع موته أو شرعًا كإنْ نُسِخَ صومُ رَمَضانَ أو عادةً كإنْ صَعِدْت السّماءَ لم يقعْ في الحالِ شيءٌ فاليمينُ مُنعَقِدةٌ فيحنَثُ بها المُعَلِّقُ على الحلِفِ ويأتي في واللّه لا أصعَدُ السّماءَ أنّها لا تنعَقِدُ لكن لا لِما هنا بل؛ لأنّ امتناعَ الحِنثِ لا يُخِلُّ بتعظيمِ اسمِ اللّه، ومن ثَمَّ انعَقَدَتْ في لأقتُلَن فُلانًا، وهو مَيِّتٌ مع تعليقِها بمُستَحيلٍ؛ لأنّ امتناعَ البِرِّ يَهْتِكُ حرمةَ الإثمِ فيُحْوِجُ إلى التّكفيرِ أو بنحوِ دخولِه فحُمِلَ ساكِتًا قادِرًا على الامتناعِ وأُدْخِلَ لم يحنَث، وكذا إذا عَلَّقَ بجِماعِه فُعِلَتْ عليه، ولم يتحرَّكْ، ولا أثَرَ لاستدامَتِهما؛ لأنّها ليستْ كالابتداءِ كما يأتي أو بإعطاءِ كذا بعدَ شهرٍ مثلاً فإنْ كان بلفظِ إذا اقتضى الفوْرَ عَقِبَ الشّهْرِ أو إنْ لم يحنَث إلا باليأسِ وكان وجه هذا مع مُخالفته لِظاهِرِ ما مَرَّ في الأدَوات أنّ الإثباتَ فيه بمعنى النّفْيِ فمعنى إذا مَضى الشّهْرُ أعطَيْتُك كذا إذا لم أُعطِكه عندَ مُضيِّه، وهذا للفَوْرِ كما مَرَّ فكذا ما بمعناه، وفيه ما فيه أو لا يُقيمُ بكذا مُدّةَ كذا لم يحنَث إلا بإقامةِ ذلك مُتَواليًا؛ لأنّه المُتَبادِرُ عُرْفًا أو (بأكلِ رَغيفٍ أو رُمّانةٍ) كإنْ أكلْت هذا الرّغيفَ أو هذه الرُّمّانةَ أو رَغيفًا أو رُمّانةً (فبَقيَ) بعدَ أكلِها المُعَلَّقِ به (لُبابةٌ) لا يُدَقُّ مُدْرَكُها كما أشارَ إليه كلامُ أصلِه بأنْ يُسَمّيَ قِطْعةَ خُبْزٍ (أو حبّةٌ لم يقع)؛ لأنّه لم يأكل الكلَّ حقيقة أمّا ما دُقَّ مُدْرَكه بأنْ لا يكون له وقعٌ فلا أثَرَ له في برٍّ، ولا حِنثٍ نَظَرًا للعُرْفِ المُطَّرِدِ وأجرى تفصيلَ اللُّبابةِ فيما إذا بَقيَ بعضُ حَبّةٍ في الثانيةِ. (ولو أكلا) أي الزوجانِ (تمرًا وخَلَطا نواهما فقال) لها (إن لم تُمَيِّزي نَواكِ) من نَوايَ (فأنت طالِقٌ فجعلَتْ كلَّ نواةٍ وحدَها لم يقع) لِحُصولِ التمييزِ بذلك لُغةً لا عُرْفًا (إلا أنْ يقصِدَ تعيينًا) لِنَواه من نَواها فلا يحصُلُ بذلك فيقعُ كما اقتضاه المتنُ واعتمده شارِحٌ وقال الأذرَعيُّ وغيرُه يُحْتَمَلُ أنْ يكون من التعليقِ بالمُستَحيلِ عادةً لِتعذُّرِه والذي يَتَّجِه أنّه إنْ أمكنَ التمييزُ عادةً فمُيِّزَتْ لم يقعْ، وإلا وقَعَ، وإنْ لم يُمْكِنْ عادةً فهو تعليقٌ بمُستَحيلٍ.

ولو كان بفَمِها تَمرةٌ فَعَلَّقَ ببلعِها ثم برَمْيِها ثم بإمساكِها فَبادَرَتْ مع فَراغِه بأكْلِ بعضٍ ورَمْيِ بعضٍ لم يَقَعْ. ولو اتَّهَمَها بسَرِقةٍ فقال إنْ لم تَصْدُقيني فأنْتِ طالِقٌ فقالتْ سَرَقْت ما سَرَقْت لم تَطْلُقْ. ولو قال: إنْ لم تُخْبِريني بعَدَدِ حَبِّ هَذِه الرُّمّانةِ قبلَ كَسْرِها فالخلاصُ أنْ تَذْكُرَ عَدَدًا يُعْلمُ أنّها لا تَنْقُصُ عنه ثم تَزيدَ واحِدًا واحِدًا حتّى تَبْلُغَ ما يُعْلمُ أنّها لا تَزيدُ عليه، والصّورَتانِ فيمَنْ لم يَقْصِدْ تَعْريفًا.

(ولو كان بفَمِها تمرةٌ فعلَّقَ ببلعِها ثمّ برَمْيِها ثمّ بإمساكِها فبادَرَتْ مع فراغِه بأكلِ بعضٍ)، وإن اقتصَرَتْ عليه (ورَمْيِ بعضٍ)، وإن اقتصَرَتْ عليه (لم يقعْ)؛ لأنّ أكلَ البعضِ أو رَمْيَ البعضِ مُغايِرٌ لِكلٍّ من الثلاثةِ وقضيّةُ المتنِ الحِنثُ بأكلِ جميعِها وأنّ الابتلاعَ أكلٌ مُطلَقًا، وهو ما اعتمده شارِحٌ لَكِنّه مُعترَضٌ بأنّ الفرضَ أنّه ذكرَ التمرةَ وأكلُها مَضغٌ يُزيلُ اسمَها فلم تبلَغْ تمرةً والذي يَتَّجِه في ذلك أنّه حيثُ انتفَى المضْغُ كان الابتلاعُ غيرَ الأكلِ كما يأتي وحيثُ وُجِدَ المضْغُ كان عَيْنَه ما لم يَزُلْ بالمضْغِ اسمُ المحلوفِ عليه، وفي عكسِه بأنْ عَلَّقَ بالأكلِ فابتَلَعَتْ لا حِنثَ كما قالاه عن المُتَولّي هنا واعتَمَداه ونُسِبَ للأكثَرين لكن جَرَيا في مَواضِعَ على الحِنثِ وخرج ببادَرَتْ ما لو أمسَكَتها لَحظةً فتطْلُقُ، ومن ثَمّ كان الشرطُ تأخُّرَ يَمينِ الإمساكِ فيحنَثُ إنْ تَوَسَّطَتْ أو تَقَدَّمت ومع تأخُّرِها لا فرقَ بين العطْفِ بالواوِ وثُمَّ فذِكْرُها تصويرٌ.

(ولو اتَّهَمَها بسَرِقة فقال إنْ لم تصدُقيني فأنت طالِقٌ فقالتْ سرَقْت ما) نافيةٌ (سرَقْت لم تَطلُقْ) لِصِدْقِها في أحدِهما يقينًا فإنْ قال إنْ لم تُعْلِميني بالصِّدْقِ لم تَتَخَلَّصْ بذلك (ولو قال إنْ لم تُخبِريني بعددِ حَبِّ هذه الرُّمّانةِ قبلَ كسرِها) فأنت طالِقٌ (فالخلاصُ) من الحِنثِ يحصُلُ بطَريقة هي (أنْ تَذْكُرَ) من الواحدِ إلى ما يُعْلَمُ أنّها لا تَزيدُ عليه أو (عددًا يُعْلَمُ أنّها لا تنقُصُ عنه) عادةً (ثمّ تَزيدُ واحدًا واحدًا حتى تبلُغَ ما يُعلَمُ أنّها لا تزيدُ عليه) عادةً ليدخلَ عددُها في جُمْلةِ ما أخبرَتْه بعَينه، ولا يُنافيه قولُهم: لا يُعْتَبَرُ في الخبرِ صِدْقٌ فلو قال إنْ أخبرَتْني بقُدومِ زَيْدٍ فأخبرَتْه به كاذِبةً طَلُقت قال البُلْقينيُّ؛ لأنّ ما وقَعَ معدودًا ومفعولاً كرَمْيِ حَجَرٍ لا بُدَّ فيه من الإخبارِ بالواقعِ بخلافِ مُحْتَمَلِ الوُقوعِ وعدمِه كالقُدومِ ولأنّ المفهومَ من الإخبارِ بالعددِ التَّلَفُّظُ بذِكْرِ العددِ الذي في الرُّمّانةِ ولا يحصُلُ إلا بذلك ولو قال إنْ لم تَعُدْ حَبَّها تعيَّنَت الطَّريقة الأولى على أحدِ وجهَين يظهرُ أثَرُ ترجيحِه ويُفَرَّقُ بأنّه هنا نصَّ على عددِ كلِّ حَبّةٍ حَبّةٍ على حيالِها بخلافِه ثَمَّ (والصّورَتانِ) في السّرِقة والرُّمّانةِ (فيمَنْ لم يقصِدْ تعريفًا) أي تعيينًا فإنْ قصَدَه لم يتخلَّصْ بذلك؛ لأنّه لا يحصُلُ به ولو وضَعَ شيئًا وسَها عنه ثمّ قال لها، ولا علمَ لها به إنْ لم تُعْطِنيه فأنت طالِقٌ ثلاثًا ثمّ تَذَكَّرَ موضِعَه فرَآه فيه لم تَطْلُقْ بل لا تنعَقِدُ يَمينُه؛ لأنّه بانَ أنّه حَلَفَ على مُستَحيلٍ هو إعطاؤُها ما لم تأخُذْه، ولم تعلم مَحَلَّه فهو كلا أصعَدُ السّماءَ بجامِعِ أنّه في هذه مَنَعَ نفسَه مِمّا لا يُمكِنُه فعلُه وهنا حَثٌّ على ما لا يُمْكِنُ فعلُهُ.

ولو قال لِثَلاثٍ: مَنْ لم تُخْبِرْني بعَدَدِ رَكَعاتِ فَرائِضِ اليَوْمِ واللَّيْلةِ فقالتْ واحِدةٌ سَبْعَ عَشْرةَ، وأُخْرَى خَمسَ عَشْرةَ: أيْ يومَ جُمُعةٍ، وثالِثةٌ إحْدَى عَشْرةَ: أيْ لِمُسافِرٍ لم يَقَعْ. ولو قال: أنْتِ طالِقٌ إلى حينٍ أو زَمانٍ أو بعد حينٍ طَلُقَتْ بمُضيِّ لَحْظةٍ. ولو عَلَّقَ برُؤْيةِ زَيْدٍ أو لمسِه وقَذْفِه تَناوله حَيًّا ومَيِّتًا، بخِلافِ ضَرْبِه. ولو خاطَبَتْه بمَكْروهٍ كَيا سَفيه يا خَسيسُ فقال إنْ كُنْتِ كَذاك فأنْتِ طالِقٌ إنْ أرادَ مُكافأتَها بإسْماعِ ما تَكْرَه طَلُقَتْ، وإنْ لم يَكُنْ سَفَهٌ، أو التَّعْليقَ اعْتُبِرَت الصِّفةُ، ....

(ولو قال لِثلاثٍ) من زوجاته (مَنْ لم تَخْبُرني بعددِ رَكعات فرائِضِ اليوم واللّيلةِ) فهي طالِقٌ (فقالتْ واحدةٌ سبعَ عَشرةَ) أي غالبًا (وأخرى خمسَ عَشرةَ أي يومَ الجُمُعةِ وثالِثةٌ إحدَى عَشرةَ أي لِمُسافِرٍ لم يقعْ) على واحدةٍ منهنّ طلاقٌ لِصِدْقِ الكلِّ نعم، إنْ قصَدَ تعيينًا لم يُتَخَلَّصْ بذلك.

(ولو قال: أنت طالِقٌ إلى حينٍ أو زَمانٍ) أو حُقْبٍ بسُكونِ القافِ أو عَصْرٍ (أو بعدَ حينٍ) أو نحوِه (طَلُقت بمُضيِّ لَحظةٍ)؛ لأنّ كلًّا من هذه يقعُ على الطَّويلِ والقصيرِ وإلى بمعنى بعدَ وفارَقَ قولُهم: في الأيمانِ في لأقضيَنّ حَقَّك إلى حينٍ لم يحنَث بلَحْظةٍ فأكثرَ بل قُبَيْلَ الموت بأنّ الطّلاقَ تعليقٌ فتعلَّقَ بأوّلِ ما يُسَمَّى حينًا إذِ المدارُ في التّعاليقِ على وجودِ ما يَصْدُقُ عليه لفظُها ولأقضيَنّ وعْدٌ، وهو لا يختصُّ بزمَنٍ فنُظِرَ فيه لليأسِ وقضيّتُه أنّه لو حَلَفَ بالطّلاقِ لَيقضيَنّه حَقَّه إلى حينٍ لم تَطْلُقْ إلا باليأسِ.

(ولو عَلَّقَ برُؤْيةِ زَيدٍ أو لمسِه) ويظهرُ أنّ مثله هنا المسُّ، وإنْ فارَقَه في نَقْضِ الوُضوءِ لاطِّرادِ العُرْفِ هنا باتِّحادِهما (أو قذفِه تناوَله حيًا) مُستَيقِظًا أو نائِمًا (ومَيّتًا) فيحنَثُ برُؤْيةِ شيءٍ من بَدَنِه مُتَّصِلٍ به غيرُ نحوِ الشّعْرِ نظيرَ ما يأتي لا مع إكْراهٍ عليها ولو في ماءٍ صافٍ أو من وراءِ زُجاجٍ شَفّافٍ دون خَيالِه في نحوِ مِرْآةٍ وبِلمسِ شيءٍ من بَدَنِه لا مع إكْراهٍ عليه من غيرِ حائِلٍ لا نحوِ شَعْرٍ وظُفرٍ وسِنٍّ سواءٌ الرّائي والمرئيُّ واللّامِسُ والملْموسُ العاقِلُ وغيرُه ولو لَمَسَه المُعَلَّقُ عليه لم يُؤَثِّرْ، وإنّما استَوَيا في نَقْضِ الوُضوءِ؛ لأنّ المدارَ هنا على لمسٍ من المحلوفِ عليه ويُشْتَرَطُ مع رُؤْيةِ شيءٍ من بَدَنِه صِدْقُ رُؤْيةِ كلِّه عُرْفًا بخلافِ ما لو أخرجَ يَدَه مثلًا من كوّةٍ فرَأتْها فلا حِنْثَ ولو قال لِعمياءَ إنْ رأيت فهو تعليقٌ بمُستَحيلٍ حملًا لِرَأيٍ على المُتَبادِرِ منها (بخلافِ ضَرْبه) فإنّه لا يتناوَلُ إلا الحيَّ؛ لأنّ القصْدَ منه الإيلامُ، ومن ثَمّ صَحَّحا هنا اشتراطَ كونِه مُؤْلِمًا لكن خالَفاه في الأيمانِ وصَوَّبَه الإسنَويُّ إذِ المدارُ على ما في شَأنِه وسيأتي ثمّ إنّ منه ما لو حَذَفَها بشيءٍ فأصابها ولو عَلَّقَ بتقبيلِ زوجَته اختُصَّ بالحيّةِ بخلافِ أمَةٍ؛ لأنّ القصْدَ ثَمّ الشّهْوةُ وهنا الكرامةُ.

(ولو خاطَبَتْه بمَكْروهٍ كيا سفيه أو يا خَسيسُ) أو يا حُقْرةُ (فقال إنْ كُنت كذا فأنت طالِقٌ إنْ أرادَ مُكافأتَها بإسماعِ ما تكْرَه) من الطّلاقِ لِكونِها أغاظَتْه بالشّتْمِ (طَلُقت) حالاً (وإنْ لم يكن سفَهٌ)، ولا خِسّةٌ، ولا حُقْرةٌ إذِ المعنى إذا كُنْت كذلك في زعمِك فأنتِ طالِقٌ (أو) أرادَ (التعليقَ اعْتُبِرَت الصِّفةُ)

وكذا إنْ لم يَقْصِدْ في الأَصَحِّ، والسّفه مُنافي إطْلاقَ التَّصرُّفِ، والخسيسُ. قيلَ مَنْ باعَ دينَه بدُنْياه، ويُشْبِه أنْ يُقال: هو مَنْ يَتَعاطَى غيرَ لائِقٍ به بُخْلاً.

كسائِرِ التعليقات (وكذا إنْ لم يقصِدْ) مُكافأةً، ولا تعليقًا (في الأصحّ) مُراعاةً لِقضيّةِ لفظه إذِ المرْعيُّ في التعليقات الوضعُ اللُّغَويُّ لا العُرْفُ إلا إذا قويَ واطَّرَدَ لِما يأتي في الأيمانِ وكان بعضُهم أخذَ من هذا أنّ التعليقَ بغَسلِ الثّيابِ لا يحصُلُ البِرُّ فيه إلا بغَسلِها بعدَ استحْقاقِها الغسلَ من الوسَخِ أي؛ لأنّه العُرْفُ في ذلك وكالوسَخِ النّجاسةُ كما هو ظاهرٌ وتَرَدَّدَ أبو زُرْعةَ في التعليقِ بأنّ بنتَه لا تَجيئُه فجاءَتْ لِبابه فلم تجتَمِعْ به ثمّ مالَ إلى عدمِ الحِنْثِ حيثُ لا نيّةَ؛ لأنّها لم تَجِئْ بالفعلِ إلا لِبابه ومَجيئُها لِبابه بالقصْدِ لا يُؤَثِّرُ. قال والورَعُ الحِنْثُ؛ لأنّه قد يُقالُ جاءَه، ولم يَجْتَمِعْ به قال ومَدْلولُ لا يعمَلُ عندَه لُغةً عَمَلُه بحُضورِه وعُرْفًا أنْ يكون أجيرًا له فإنْ أرادَ أحدَهما فواضِحٌ، وإلا بُنيَ على أنّ المُغَلَّبَ اللُّغةُ أو العُرْفُ عندَ تعارُضِهما والأكثرون يُغَلِّبون اللُّغةَ واشتُهِرَ تَغْليبُ العُرْفِ في الأيمانِ، ولا يخفى الورَعُ انتهى ويَتَّجِه أخذًا مِمّا قرَّرْته من تَغْليبِ العُرْفِ إذا قويَ واطَّرَدَ تَغْليبُه هنا لاطِّرادِه قالوا والخياطةُ اسمٌ لِمجموعِ غَرْزِ الإبرةِ وجَذْبِها بمَحَلٍّ واحدٍ فلو جَذَبَها ثمّ غَرَزَها في مَحَلٍّ آخرَ لم يكن خياطةً ورجح في إنْ نَزَلْت عن حَضانةِ ولَدي نُزولاً شرعيًّا أنّه لا حِنْثَ مُطْلَقًا؛ لأنّه بإعراضِها وإسقاطِها لِحَقِّها يستَحِقُّها شرعًا لا بنُزولِها مع أنّ حَقَّها لا يسقُطُ بذلك إذْ لها العودُ لأخذِه قهْرًا عليه ولو حَذَفَ قوله نُزولاً شرعيًّا فهل هو كذلك نَظَرًا للوَضْعِ الشرعيِّ، وإنْ لم يذكرْه أو يُنْظَرُ إلى اللُّغةِ والعُرْفِ المقتضيَين لِتَسميةِ قولِها نَزَلْت به نُزولاً لِلنّظَرِ فيه مَجالٌ، وكذا حيثُ تَنافَى الوضْعُ الشرعيُّ وغيرُه وظاهرُ كلامِهم أنّه لا يحنَثُ بفاسِدِ نحوِ صلاةٍ تقديمُ الشرعيِّ مُطْلَقًا فمَحَلُّ الخلافِ في تقديمِ اللُّغَويِّ أو العُرْفيِّ إنّما هو فيما ليس لِلشّارعِ فيه عُرْفٌ (والسّفَه مُنافٍ إطلاقَ التصرُّفِ)، وهو ما يوجِبُ الحجْرَ مِمّا مَرَّ في بابه ونازع فيه الأذرعيُّ بأنّ العُرْفَ عَمَّ بأنّه بَذاءةُ اللِّسانِ ونُطْقُه بما يُستَحْيا منه سيّما إنْ دَلَّت القرينةُ عليه ككونِه خاطَبَها ببَذاءةٍ فقالتْ له يا سفيه مُشيرةً لِما صَدَرَ منه. (والخسيسُ قيلَ مَنْ باعَ دينَه بدُنْياه) بأنْ تَرَكه باشتغالِه بها (ويُشْبِه أنْ يُقال هو مَنْ يَتعاطَى غيرَ لائِقٍ به بُخْلاً)؛ لأنّ ذلك قضيّةُ العُرْفِ لا زُهْدًا أو تَواضُعًا أو طَرْحًا لِلتّكلُّفِ وأخسُّ الأخِسّاءِ مَنْ باعَ دينَه بدُنْيا غيرِه والحُقْرةُ عُرْفًا ذاتًا ضَئيلَ الشّكْلِ فاحِشَ القِصَرِ ووَضْعًا الفقيرُ الفاسِقُ ذكرَه أبو زُرْعةَ ثمّ قال وبَلَغَني أنّ النّساءَ لا يُرِدْنَ به إلا قليلَ النّفَقة، ولا عبرةَ بعُرْفِهِنّ تقديمًا للعُرْفِ العامِّ عليه، وفي أصلِ الروضةِ عن التّتمّةِ والبخيلُ مَنْ لا يُؤَدّي الزّكاةَ، ولا يُقْري الضّيفَ فيما قبلُ انتهى وقضيّتُه أنّه لو اقتصَرَ على أحدِهما لم يكن بَخيلاً واعتُرِضَ بأنّ العُرْفَ يقتضي الثانيَ فقط ويُرَدُّ بمَنْعِ ذلك وقضيّةُ كلامِ الروضِ أنّ كلًّا منهما بَخيلٌ قال شيخُنا، وهو ظاهرٌ انتهى.

قيلَ والكلامُ في غيرِ عُرْفِ الشرعِ أمّا فيه فهو مَنْ يمنعُ مالاً لَزِمَه بَذْلُه انتهى، وفيه نَظَرٌ ظاهرٌ بل لا يصحُّ؛ لأنّ صريحَ كلامِهم أنّ مَنْ يُؤَدّي دَيْنك لو امتنع من أداءِ دَيْنٍ لَزِمَه فوْرًا لا يُسَمَّى بَخيلاً وإنّ

ضَبْطَه بما مَرَّ إنّما هو بالنّسبةِ للعُرْفِ العامِّ لِعدمِ وجودِ ضابِطٍ له لُغةً، ولا شرعًا، وهو واضِحٌ.

(فروعٌ): أكثرُها لا نَقْلَ فيه بعَينه، وإنّما حكمُه مأخوذٌ من كلامِهم عَلَّقَ بغَيْبَته مُدّةً مُعيَّنةً بلا نفقةٍ، ولا مُنْفِقٍ احتيجَ في إثبات ذلك جميعِه إلى بَيِّنةٍ تَشْهَدُ به حتى تَرَكها بلا نفقةٍ، ولا مُنْفِقٍ؛ لأنّه نفيٌ يُحيطُ به العلمُ كالشّهادةِ بالإعسارِ وأنّه لا مالَ له وبأنّه لا وارِثَ له ولو قال لا أُكلِّمُ زَيْدًا، ولا عمرًا فكلَّمَهما ولو مُتَفرِّقَين وقَعَ عليه طَلْقَتانِ كما في الأيمانِ لا عادةً لا خلافًا لِما في الخادِمِ من أنّه يَمينٌ واحدةٌ؛ لأنّه مُفرَّعٌ على ضعيفٍ كما يأتي ثَمَّ ولو قال إنْ فعلْت كذا، وإنْ فعلْت كذا بمَحَلِّ كذا، وإنْ فعلْت كذا فامرَأتي طالِقٌ، ولا نيّةَ له ففي رُجوعِ قيْدِ الوسَطِ إلى ما قبله وما بعدَه تَرَدُّدٌ والمُرجِحُ كما مَرَّ في الوقفِ رُجوعُه؛ لأنّ الأصلَ اشتراكُ المُتعاطِفات في المُتعلِّقات ولأنّها مُتأخِّرةٌ عن الأوّلِ ومُتَقدِّمةٌ على الثاني وهما يرجعانِ للكلِّ من غيرِ تَرَدُّدٍ، ومن ثَمَّ أفتى بعضُ شُرّاحِ الوسيطِ في إنْ كلَّمْت زَيْدًا اليومَ وعمرًا بشُمولِ اليومِ لهما أو إن امتَنعت من الحاكِمِ لا حِنْثَ بالهرَبِ؛ لأنّ الامتناعَ أنْ يُطْلَبَ فيَمْتَنِعُ أو متى مَضى يومُ كذا مثلًا، ولم أوَفِّ فُلانًا دَيْنَه فأُعْسِرَ لم يحنَثْ لكن بشرطِ الإعسارِ من حينِ التعليقِ إلى مُضيِّ المُدّةِ. ويُؤيِّدُه قولُه الكافي إنْ لم تُصَلِّ اليومَ الظُّهرَ فحاضَتْ في وقته إنْ كان قبلَ مُضيِّ ما يُمْكِنُ فيه الفرضُ لم تَطْلُقْ، وإلا طَلُقت وقَيَّدَ ذلك شيخُنا بما إذا لم يَغْلِبْ على ظَنِّه عدمُ يَسارِه وقتَ الوفاءِ، وإلا حَنِثَ؛ لأنّه تعليقٌ بمحضِ الصِّفة اهـ وفيه نَظَرٌ؛ لأنّ الأُمورَ المُستقبَلةَ يَبْعُدُ فيها التّحقُّقُ وما قرُبَ منه غالِبًا فليس تعليقًا بذلك، ولا يُخالِفُ ما تقرّر إفتاءُ ابنِ رَزِينٍ في إنْ لم أوَفِّك حَقَّك يومَ كذا فأُعْسِرَ بالوفاءِ فأحالَ به أنّه إنْ قصَدَ بالوفاءِ الإعطاءَ حَنِثَ أو البراءةَ من الدّين على أيِّ وجهٍ كان فلا؛ لأنّه وجهٌ ضعيفٌ، وإنْ نَقَله جمعٌ؛ لأنّهم صرحوا أو أشاروا لِما يَرُدُّه، وإنّما حَنِثَ مَنْ حَلَفَ لا يُفارِقُ غَريمَه حتى يستوفيَ حَقَّه منه بمُفارَقَته له، وإنْ وجَبَتْ لِما يأتي في الأيمانِ ويظهرُ أنّ المُرادَ بالإعسارِ هنا ما مَرَّ في الفلْسِ ويحتَمِلُ أنْ يكون ما هنا أضْيَقَ فلا يُتْرَكُ له هنا جميعُ ما يُتْرَكُ له ثَمَّ، وإنّما يُتْرَكُ له الضّروريُّ لا الحاجيُّ، ولا أثَرَ لِقُدْرَته على بعضِ الدّين إذْ لا يَتعلَّقُ به برٌّ، ولا حِنْثٌ ونَقَلَ المُزَنيّ الإجماعَ على حِنْثِ العاجِزِ مُؤَوَّلًا بما إذا قصَدَ الحالِفُ شُمولَ اليمينِ لِحالةِ العجْزِ دون ما إذا لم يقصِدْ ذلك لِما دَلَّ عليه تَفاريعُ الأئِمّةِ في اعتبارِ الإمكانِ في الحِنْثِ فقد قالوا لو حَلَفَ لَيقضيَنّه غَدًا فأُبْرِئَ أو عَجَزَ لم يحنَثْ؛ لأنّ التّمكُّنَ شرطٌ لاستقرارِ الحُقوقِ الشرعيّةِ وبحث الجلالُ البُلْقينيُّ وسبقَه إليه ابنُ البزريِّ أنّه لا يحنَثُ لو سافرَ الغريمُ أي قبلَ تَمكُّنِه من وفائِه قال غيرُه. وهو الظّاهرُ لِفَوْته بغيرِ اختيارِه، وإنْ أمكنَه بالقاضي؛ لأنّ حمله عليه مَجازٌ والحملُ على الحقيقة أولى قال بعضُ المُتأخِّرين وحيثُ قُلْنا الإعسارُ كالإكْراه فادَّعاه فالرّاجِحُ قبولُه اهـ وفي إطلاقِه نَظَرٌ لِما مَرَّ أنّه لا يُقْبَلُ دعواه الإكْراهَ إلا بقَرينةٍ كحَبْسٍ فكذا هنا ويُؤيِّدُه قولُهم: في التّفْليسِ لا يُقْبَلُ قولُه فيه إلا إذا لم يُعْهَدْ له مالٌ ولو تعارَضَتْ بَيِّنَتا تعليقٍ وتنجيزٍ قُدِّمت الأولى؛ لأنّ معها زيادةَ علمٍ بسَماعِ التعليقِ ومَحَلُّه كما هو ظاهرٌ إنْ لم يُمْكِنِ العمَلُ بهما ولو قال كلُّ زوجةٍ في عِصْمَتي طالِقٌ دخلت الرّجْعيّةُ، وإنْ ظَنّ أنّها ليستْ في عِصْمَته كما لو طَلَّقَ زوجَتَه ظانًّا أنّها أجنبيّةٌ، وإنّما قُبِلَ

فيما مَرَّ في كلِّ زوجةٍ لي طالِقٌ وقال أرَدْتُ غيرَ المُخاصِمةِ؛ لأنّه ثَمَّ أخرجَها بالنّيّةِ مع وجودِ القرينةِ المُصَدِّقة ولو قال متى وقَعَ طلاقي عليها كان مُعَلَّقًا بكذا فهو لَغْوٌ؛ لأنّ الواقعَ لا يُعَلَّقُ أوّلاً وصَلَتْه عَشْرةُ أشرَفيّةٍ، ولا نيّةَ له تعيَّنَتْ فلا يُجْزِئُ غيرُ الذّهَبِ الأشرَفيِّ لِما مَرَّ في الإقرارِ والبيعِ ولو عَلَّقَ على ضَرْبِ زوجَته بغيرِ ذَنْبٍ فشَتَمته فضربها لم يحنَث إنْ ثَبَتَ ذلك، وإلا صُدِّقت على ما مَرَّ فتَحْلِفُ ومَرَّ أنّه لو حَنِثَ ذو زوجاتٍ لم ينوِ إحداهُنّ والطّلاقُ ثلاثٌ عَيَّنَه في واحدةٍ، ولا يَجوزُ له توزيعُه لِمُنافاته لِما وقَعَ عليه من البينونةِ الكُبْرى، وله أنْ يُعَيِّنَهُنّ في مَيِّتةٍ وبائنةٍ بعدَ التعليقِ؛ لأنّ العبرةَ بوقته لا بوقت وجودِ الصِّفة على المعتمدِ. ولو حَلَفَ أنّه لا يُطْلِقُ غَريمَه فهَرَبَ وأمكنَه اتّباعُه حَنِثَ إذْ معنى لا أُطْلِقُه لا أُخَلّي سبيله كذا قيلَ، وفيه وقفة بل المُتَبادِرُ من أُطْلِقُه أُباشِرُ إطلاقَه بأنْ أخرِجَه من الحبسِ أو آذَنَ له في الخُروجِ أو في ذَهابه عَنّي ولو قال إنْ خَرَجْت مع أُمّي إلى الحمّام فخرجتْ أو لا ففي فتاوَى المُصَنِّفِ إنْ قَصَدَ مَنْعَها من الاجتماعِ معها في الحمّامِ طَلُقت، وإلا فلا ويُقاسُ به نَظائِرُه ويأتي أوائِلَ الأيمانِ حكمُ ما لو حَلَفَ لا يأكلُ طَعامَه فأضافَهُ.



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الرّجْعةِ

النِّكاحُ بنفسِه، ولو طَلَّقَ فَجُنَّ فَللوَليِّ الرَّجْعةُ على الصَّحيحِ حَيْثُ له ابْتِداءُ النِّكاحِ.
وَتَحْصُلُ براجَعْتُك ورَجَعْتُك وارْتَجَعْتُك، والأَصَحُّ أَنّ الرَّدَّ والإمساكَ صَريحانِ، ....

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ الرّجعةِ

هي بفتحِ الرّاءِ ويَجوزُ كسرُها قيلَ بل هو الأكثرُ لُغةً المرّةُ من الرُّجوعِ وشرعًا رَدُّ مُطلَّقة لم تَبن إلى النّكاحِ بالشُّروطِ الآتيةِ والأصلُ فيها الكِتابُ والسُّنّةُ وإجماعُ الأمةِ وأركانُها مَحلٌّ وصيغةٌ ومُرْتَجِعٌ.

شرطُ المُرْتَجِعِ أهليّةُ (النّكاحِ)؛ لأنّها كإنْشائِه فلا تَصِحُّ من مُكْرَهٍ للحديثِ السّابِقِ ومُرْتَدٍّ؛ لأنّ مقصودَها الحِلُّ والرِّدّةُ تُنافيه (بنفسِه) فلا تَصِحُّ من صَبيٍّ ومجنونٍ لِنَقْصِهِما وتَصِحُّ من سكْرانٍ وسَفيهٍ وعبدٍ ولو بغيرِ إذْنِ وليٍّ وسيِّدٍ تَغْليبًا لِكونِها استدامةً وذِكْرُ الصّبيِّ وقَعَ في الدّقائِقِ واستُشْكِلَ بأنّه لا يُتَصَوَّرُ وُقوعُ طلاقٍ عليه ويُجابُ بما إذا حكم حَنْبَليٌّ بصحّةِ طلاقِه على أنّه لا يلزمُ من نفيِ الشيءِ بلا إمكانِه كما مَرَّ أوائِلَ الشُّفعةِ فالاستشكالُ غَفْلةٌ عن ذلك، وإنّما صَحَّتْ رَجْعةُ مُحْرِمٍ ومُطَلِّقِ أمةٍ معه حُرّةٌ؛ لأنّ كلًّا أهلٌ لِلنّكاحِ بنفسِه في الجُمْلةِ، وإنّما مَنَعَ منه مانِعٌ عَرَضَ له، ولم تَصِحّ كما يأتي رَجْعةُ مُطَلِّقِ إحدَى زوجَتَيْه مُبْهَمًا ومثلُه على أحدِ وجهَين ما لو كانت مُعَيَّنةً ثمّ نَسيَها مع أهليّته لِلنّكاحِ لِوجودِ مانِعٍ لِذلك هو الإبهامُ وأثَّرَ هنا دون وُقوعِ الطّلاقِ؛ لأنّه مَبنيٌّ على الغلبةِ والسِّرايةِ بخلافِ الرّجعةِ نعم، لو شَكَّ في طلاقٍ فراجَعَ احتياطًا فبانَ وُقوعُه أجزَأتْه تلك الرّجعةُ اعتبارًا بما في نفسِ الأمرِ كما يأتي (ولو طَلَّقَ) الزوجُ (فجُنَّ فللوَليِّ الرّجعةُ على الصّحيحِ حيثُ له ابتداءُ النّكاحِ) بأن احتاجَه كما مَرَّ؛ لأنّ الأصحَّ صحّةُ التوكيلِ في الرّجعةِ واعتُرِضَتْ حِكايَتُه للخلافِ بأنّ هذا بَحْثٌ لِلرّافِعيِّ ويُرَدُّ بأنّ مَنْ حَفِظَ حُجّةٌ على مَنْ لم يحفَظْ.

(وتَحْصُلُ) الرّجعةُ بالصّريحِ والكِنايةِ ولو بغيرِ العربيّةِ مع القُدْرةِ عليها فمن الصّريحِ أنْ يأتيَ (براجَعْتُكِ ورَجَعْتُك وارتَجَعْتُك) أي بواحدٍ منها لِشُيوعِها ووُرودِها، وكذا ما اشْتُقَّ منها كأنتِ مُراجَعةٌ أو مُرْتَجَعةٌ كما في التّتمّةِ، ولا يُشْتَرَطُ إضافَتُها إليه بنحوِ إلَيَّ أو إلى نِكاحي لَكِنّه مَندوبٌ بل إليها كفُلانةٍ أو لِضَميرِها كما ذكرَه أو بالإشارةِ كهذه فمُجَرَّدُ راجَعْتُ لَغْوٌ.

(والأصحُّ أنّ الرّدَّ والإمساكَ) وما اشتُقَّ منهما (صريحانِ) لِوُرودِهِما في القُرآنِ والأوّلُ في السُّنّةِ أيضًا، ومن ثَمَّ كان أشهَرَ من الإمساكِ بل صَوَّبَ الإسنَويُّ أنّه كِنايةٌ كما نصَّ عليه وتنحصِرُ صَرائِحُها

وأنّ التَّزْويجَ والنِّكاحَ كِنايَتانِ، ولْيَقُلْ رَدَدْتها إلَيَّ أو إلى نِكاحي والجديدُ أنّه لا يُشْتَرَطُ الإشْهادُ فَتَصِحُّ بكِنايةٍ وَلا تَقْبلُ تَعْليقًا، ولا تَحْصُلُ بفِعْلٍ كَوطْءٍ وَتَخْتَصُّ الرَّجْعةُ بمَوْطوءةٍ طَلُقَتْ بلا عِوَضٍ لم يُسْتَوْفَ عَدَدُ طَلاقِها، باقيةٌ في العِدّةِ، ....

فيما ذُكِرَ (وأنّ التزويجَ والنّكاحَ كِنايَتانِ) لِعدمِ شهرتِهما في الرّجعةِ سواءٌ أتى بأحدِهما وحدَه كتَزَوَّجْتُكِ أو مع قبولٍ بصورةِ العقدِ (ولْيَقُلْ رَدَدْتها إلَيَّ أو إلى نِكاحي) حتى يكون صريحًا؛ لأنّ الرّدَّ وحدَه المُتَبادِرُ منه إلى الفهْمِ ضِدُّ القبولِ فقد يُفْهَمُ منه الرّدُّ إلى أهلِها بسببِ الفِراقِ فاشتُرِطَ ذلك في صَراحَته خلافًا لِجمعٍ لينتفيَ ذلك الاحتمالُ وبه فارَقَ عدمَ الاشتراطِ في رجعتُك مثلًا وقضيّةُ كلامِ الروضةِ وأصلِها أنّ الإمساكَ كذلك لكن جَزَمَ البغَويّ كما نَقَلاه بعدُ عنه وأقَرّاه بنَدْبِ ذلك فيه (والجديدُ أنّه لا يُشْتَرَطُ) لِصحّةِ الرّجعةِ (الإشهادُ) عليها بناءً على الأصحِّ أنّها في حكمِ الاستدامةِ، ومن ثَمَّ لم تحتج لِوَليٍّ، ولا لِرضاها بل يُنْدَبُ لقوله تعالى ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ أي قاربن بلوغه ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وصَرَفَه عن الوجوبِ إجماعُهم على عدمِه عندَ الطّلاقِ فكذا الإمساكُ ويُسَنُّ الإشهادُ أيضًا على الإقرارِ بها في العِدّةِ على الأوجَه خوفَ الإنكارِ وإذا لم يجب الإشهادُ عليها (فتَصِحُّ بكِنايةٍ) مع النّيّةِ كاخترتُ رَجْعَتَك؛ لأنّه يستَقِلُّ بها كالطّلاقِ وزعم الأذرَعيُّ وغيرُه أنّ المذهبَ عدمُ صحّتها بها مُطْلَقًا ويظهرُ أنّ منها أنت رَجْعةٌ كأنت طلاقٌ (ولا تُقْبَلُ تعليقًا) كراجَعْتُكِ إنْ شِئْت ولو بفتح إنْ من غيرِ نحويٍّ، وإنْ قُلْنا إنّها استدامةٌ كاختيارِ مَنْ أسلَمَ على أكثرَ من أربَعٍ، ولا توقيتًا كراجَعْتُكِ شهرًا واستُفيدَ من المتنِ عدمُ صحّةِ رَجْعةٍ مُبْهَمةٍ كما لو طَلَّقَ إحدَى زوجَتَيْه ثمّ قال راجَعْت المُطَلَّقة؛ لأنّ ما لا يقبَلُ التعليقَ لا يقبَلُ الإبهامَ (ولا تُحَصَّلُ بفعلٍ كوَطْءٍ)، وإنْ قصَدَ به الرّجعةَ؛ لأنّ ابتداءَ النّكاحِ لا يحصُلُ بالفعلِ وبه فارَقَ حُصولَ الإجازةِ والفسخُ به في زَمَنِ الخيارِ؛ لأنّ الملك يحصُلُ به كالسّبْيِ قيلَ يَرِدُ عليه إشارةُ الأخرسِ المُفْهِمةُ والكِتابةُ فإنّها تَحصُلُ بهما مع كونِهما فعلًا ويُرَدُّ بأنّهما أُلْحِقا بالقولِ في كونِهما كِنايتين أو الأولى صريحةٌ، وكذا وطْءٌ أو تَمَتُّعُ كافرٍ اعتَقَدوه رَجْعةً وتَرافَعوا إلينا أو أسلَموا فنُقِرُّهم عليه كما نُقِرُّهم في العقدِ الفاسدِ بل أولى.

(وتختَصُّ الرّجعةُ بموطوءةٍ) ولو في الدُّبُرِ ومثلُها مُستَدْخِلةٌ ماءَه المُحْتَرَمَ على المعتمدِ إذْ لا عِدّةَ على غيرِها والرّجعةُ شرطُها العِدّةُ، ولا يُشْتَرَطُ على المعتمدِ تَحَقُّقُ وُقوعِ الطّلاقِ عندَ الرّجعةِ فلو شَكَّ فيه فراجَعَ ثمّ بانَ وُقوعُه صَحّتْ كما لو زَوَّجَ أمةَ أبيه ظانًّا حياتَه فبانَ مَيِّتًا (طَلُقت) بخلافِ المفسوخةِ؛ لأنّها إنّما أُنيطتْ في القُرآنِ بالطّلاقِ ولأنّ الفسخَ لِدَفْعِ الضّرَرِ فلا يَليقُ به ثُبوتُ الرّجعةِ والطّلاقُ المُقَرُّ به أو الثابتُ بالبيّنةِ يُحْمَلُ على الرّجْعيّ ما لم يُعْلم خلافُه (بلا عِوَضٍ) بخلافِ المُطَلَّقة بعِوَضٍ؛ لأنّها مَلَكتْ نفسَها بما بَذَلَتْه (لم يستوفِ عددَ طلاقِها) فإن استوفَى لم تَحِلَّ إلا بمُحَلِّلٍ (باقية في العِدّة) فتمتَنِعُ بعدَها ويترَدَّدُ النّظَرُ فيما لو قارَنَت الرّجعةُ انقضاءَ العِدّةِ وصريحُ قولِهم: لو قال لها

مَحِلٌ لِحِلٍّ، لا مُرْتَدّةٍ وإذا ادَّعَت انْقِضاءَ عِدّةِ أشْهُرٍ وأنْكَرَ صُدِّقَ بيَمينِه.
أو وضْعَ حَملٍ لِمُدّةِ إمكانٍ وهي مِمَّنْ تَحيضُ لا آيِسةٌ فالأَصَحُّ تَصْديقُها بيَمينٍ وإن ادَّعَتْ وِلادةَ تامٍّ فإمكانُه سِتّةُ أشْهُرٍ ولَحْظَتانِ من وقْتِ النِّكاحِ، ....

أنت طالِقٌ مع انقضاءِ عِدَّتك لم يقعْ عدمُ صحّةِ الرّجعةِ حينئذٍ ثمّ رأيته مُصرَّحًا به وذلك لقوله تعالى ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٢] فلو بَقيَت الرّجعةُ بعدَ العِدّةِ لَما أُبيحَ النّكاحُ والمُرادُ عِدّةُ الطّلاقِ فلو وطِئَها فيها لم يُراجِعْ إلا فيما بَقيَ منها كما يذكرُه ويُلْحَقُ بها ما قبلها فلو وُطِئَتْ بشُبهةٍ فحَمَلَتْ ثمّ طَلَّقَها حَلَّتْ له الرّجعةُ في عِدّةِ الحملِ السّابِقة على عِدّةِ الطّلاقِ كما رجحه البُلْقينيُّ لا ما بعدَ مُضيِّ صورتِها فيما إذا خالَطَها فإنّه بعدَ ذلك تمتَنِعُ رَجْعَتُها، وإنْ لم تنقضِ عِدَّتُها حَقيقة، ومن ثَمَّ لَحِقَها الطّلاقُ (مَحَلٌّ لِحِلٍّ) أي قابِلةٌ لأَنْ تَحِلَّ للمُراجِعِ، وهذا لِكونِه أعَمَّ يُغْني عن لم يستوفِ عددَ طلاقِها فذِكْرُه إيضاحٌ (لا) مُطَلَّقة أسلَمت فراجَعَها في كُفْرِه، وإنْ أسلَمَ بعدُ، ولا (مُرْتَدّةٌ) أسلَمت بعدُ؛ لأنّ مقصودَ الرّجعةِ الحِلُّ وتَخَلُّفُ الزوجِ أو رِدَّتُها تُنافيه وصَحَّتْ رَجْعةُ المُحْرِمةِ لإفادَتِها نَوْعًا من الحِلِّ كالنّظَرِ والخلْوةِ.

(وإذا ادَّعَت انقضاءَ عِدّةِ أشهرٍ) لِكونِها آيِسةً أو لم تَحِضْ أصلًا (وأنكر صُدِّقَ بيَمينِه) لِرُجوعِ اختلافِهما إلى وقت الطّلاقِ، وهو يُقْبَلُ قولُه في أصلِه فكذا في وقته إذْ مَنْ قُبِلَ في شيءٍ قُبِلَ في صِفَته، وإنّما صُدِّقت بيَمينِها في العكسِ كطَلَّقْتُكِ في رَمَضانَ فقالتْ بل في شَوّالٍ؛ لأنّها غَلَّظَتْ على نفسِها بتَطْويلِ العِدّةِ عليها نعم، تُقْبَلُ هي بالنّسبةِ لِبَقاءِ النّفَقة قيلَ فالأولى التعليلُ بأنّ الأصلَ عدمُ الطّلاقِ في الزّمَنِ الذي يَدَّعيه ودَوامُ استحْقاقِ النّفَقة ويُقْبَلُ هو بالنّسبةِ لِحِلِّ نحوِ أختها ولو مات فقالت انقضت في حياته لَزِمَها عِدّةُ الوفاةِ، ولا تَرِثُه وقَيَّدَه القفّالُ بالرّجْعيِّ وأخذَ منه الأذْرَعيُّ قبولَها في البائِنِ ولو ماتتْ فقال وارِثُها انقضت وأنكر المُطَلِّقُ لِيَرِثَها فالذي يَتَّجِه تصديقُ المُطَلِّقِ في الأشهَرِ والوارِثِ فيما عداها كما في الحياةِ ولأنّ الوارِثَ يقومُ مَقامَ المورَثِ إلا في نحوِ حُقوقِ العِرْضِ كالحسَدِ والغيبةِ وعلى ما فصَّلْته يُحْمَلُ إطلاقُ بعضِهم تصديقَه وبعضِهم تصديقَ الوارِثِ (أو وضعَ حملٍ لِمُدّةِ إمكانٍ، وهي مِمَّنْ تَحيضُ لا آيِسةٍ) وصَغيرةٍ كما بأصلِه وحَذَفَها إذْ لا يتأتّى اختلافٌ معها (فالأصَحُّ تصديقُها بيَمينٍ) بالنّسبةِ لانقضاءِ العِدّةِ فقط دون نحوِ نَسَبٍ واستيلادٍ؛ لأنّها مُؤْتَمَنةٌ على ما في رَحِمِها أمّا إذا لم يُمْكِنْ فسيأتي، وأمّا الآيِسةُ والصّغيرةُ فإنّهما لا يحبَلانِ، وكذا مَنْ لم تَحِضْ، ولا يُنافيه إمكانُ حَبَلِها؛ لأنّه نادِرٌ.

(ولو ادَّعَتْ وِلادةَ ولَدٍ تامٍّ) في الصّورةِ الإنسانيّةِ (فإمكانُه) أي أقَلُّه (ستّةُ أشهرٍ) عدديّةٍ لا هِلاليّةٍ كما بحثه البُلْقينيُّ أخذًا مِمّا يأتي في المِائةِ والعِشْرين (ولَحظَتانِ) واحدةٌ للوَطْءِ وواحدةٌ للوَضْعِ، وكذا في كلِّ ما يأتي (من وقت) إمكانِ اجتماعِ الزوجَين بعدَ (النكاحِ) لِثُبوتِ النّسَبِ بالإمكانِ وكان أقَلُّه ذلك لِما استنبَطَه العُلَماءُ اتِّباعًا لِعَليٍّ كرَّمَ اللّه وجهَه من قوله تعالى ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف:١٥]

أو سِقْطٍ مُصَوَّرٍ فَمِائَةٌ وعِشْرونَ يَوْمًا ولَحْظَتانِ أو مُضْغةٍ بلا صورةٍ فَثَمانونَ يَوْمًا ولَحْظَتانِ أو انْقِضاءَ أَقْراءٍ، فإنْ كانتْ، حُرَّةً وطَلُقَتْ في طُهْرٍ فأَقَلُّ الإمكان اثْنانِ وثَلاثونَ يَوْمًا ولَحْظَتانِ أو في حَيْضٍ فَسَبْعةٌ وأَرْبَعونَ ولَحْظةٌ، أو أَمةً وطَلُقَتْ في طُهْرٍ فَسِتّةَ عَشَرَ يَوْمًا ولَحْظَتانِ ....

مع قوله ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] (أو) وِلادةً (سقطٍ مُصوَّرٌ فمِائةٌ وعِشرون يومًا) عَبَّروا بها دون أربعةِ أشهرٍ؛ لأنّ العبرةَ هنا بالعددِ دون الأهِلّةِ (ولَحظَتانِ) مِمّا ذُكِرَ لِخبرِ الصّحيحَين «إنّ أحدَكُم يُجمَعُ خلقُه في بطنِ أمِّه أربعين يومًا ثمّ يكونُ عَلَقة مثلَ ذلك ثمّ يكونُ مُضغةً مثلَ ذلك ثمّ يُرسَلُ الملَكُ فينفُخُ فيه الرّوحُ»(١) وقَدَّمَ على خبرِ مسلم الذي فيه «إذا مَرَّ بالنُّطفة اثنتانِ وأربعون ليلةً بَعثَ اللّه إليها مَلَكًا فصَوَّرَها»(٢)؛ لأنّه أصحُّ وجمع ابنُ الأستاذِ بأنّ بَعْثَه في الأربَعين الثانيةِ لِلتَّصويرِ وبعدَ الأربَعين الثالِثةِ لِنفخِ الرّوحِ فقط قيلَ، وهو حَسَنٌ لكن يلزمُ عليه أنْ لا دَلالةَ في الخبرِ اهـ ويُجابُ بأنّ ابتداءَ التّصويرِ من أوائِلِ الأربَعين الثانيةِ ثمّ يستَمِرُّ يظهرُ شيئًا فشيئًا إلى تمامِ الثالِثةِ فحينئذٍ يُرْسَلُ الملَكُ لِتمامِه ولِلنّفخِ أو الأمرُ يختلفُ باختلافِ الأشخاصِ وأخذوا بالأكثرِ؛ لأنّه المُتيَقَّنُ وحينئذٍ فالدّلالةُ في الخبرِ باقيةٌ على كلٍّ من هذينِ الجوابَين ثمّ رأيت الرّافِعيَّ وآخرين صرحوا بأنّ الولدَ يُتَصَوَّرُ في ثمانين وحُمِلَ على مَبادِئِ التّصويرِ، ولا يُنافي ما ذكرْته؛ لأنّ الثمانين مَبادِئُ ظُهورِه وتَشَكُّلِه والأربَعةُ الأشهرُ تمامٌ كما له وابتداءُ الأربَعين الثانيةِ مَبادِئُ تخطيطِه الخفيِّ (أو) وِلادةُ (مُضغةٍ بلا صورةٍ) ظاهرةٍ (فثمانون يومًا ولَحظَتانِ) مِمّا ذُكِرَ للخبرِ الأوّلِ ويُشتَرَطُ هنا شَهادةُ القوابِلِ أنّها أصلُ آدميٍّ، وإلا لم تُنْقَضْ بها.

(أو) ادَّعَتْ (انقضاءَ أقراءٍ فإنْ كانت حُرّةً وطَلُقت في طُهرٍ فأقَلُّ الإمكانِ اثنانِ وثلاثون يومًا ولَحظَتانِ) بأنْ تَطلُقَ قُبَيْلَ آخِرِ طُهرِها فهذا قُرءٌ ثمّ تَحيضَ الأقَلَّ ثمّ تَطْهُرَ الأقَلَّ فهذا قُرءٌ ثانٍ ثمّ تَحيضَ وتَطْهُرَ كذلك فهذا ثالِثٌ ثمّ تَطْعَنَ في الحيضِ لِتَيَقُّنِ الانقضاءِ فليستْ هذه اللّحْظةُ من العِدّةِ فلا تَصِحُّ الرّجعةُ فيها، وكذا في كلِّ ما يأتي هذا في غيرِ مُبْتَدَأةٍ أمّا هي إذا طَلُقت ثمّ ابتَدَأها الحيضُ فلا تُحسَبُ؛ لأنّ القُرءَ الطُّهرُ المُحتَوَشُ بدَمَين فأقَلُّ الإمكانِ في حَقِّها ثمانيةٌ وأربعون يومًا ولَحظةٌ؛ لأنّه يُزادُ على ذلك قدرُ أقلِّ الحيضِ والطُّهرِ الأوّلينِ وتسقطُ اللّحْظةُ الأولى (أو) طَلُقت (في حيضٍ) أو نِفاسٍ (فسَبْعةٌ وأربعون يومًا ولَحظةٌ) بأنْ تَطلُقَ آخِرَ حيضِها أو نِفاسِها ثمّ تَطْهُرُ وتَحيضُ أقَلَّهما ثمّ تَطْهُرُ وتَحيضُ كذلك ثمّ تَطْهُرُ الأقَلَّ ثمّ تَطْعَنُ في الحيضِ كما مَرَّ، ولا يُحتاجُ هنا لِلَّحظةِ الأولى؛ لأنّها ليستْ من العِدّةِ (أو) كانت (أمةً) أي فيها رِقٌّ، وإنْ قَلَّ (وطَلُقت في طُهرٍ فستّةَ عَشَرَ يومًا ولَحظَتانِ) بأنْ

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٣٠٣٦]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ٢٦٤٣]، وغيرهما من حديث: عبد الله بن مسعود ﷺ.

(٢) [صحيح] أخرجه: مسلم في (صحيحه) [رقم/ ٢٦٤٥]، وغيره من حديث: عبد الله بن مسعود ﷺ.

أو في حَيْضٍ فأحَدٌ وثلاثونَ ولَحْظةٌ وَتُصَدَّقُ إنْ لم تُخالِفْ عادةً دائِرةً، وكذا إنْ خالَفَتْ في الأصَحِّ. ولو وطِئَ رَجْعيَّتَه واستأنَفَت الأقْراءَ من وقْتِ الوطْءِ راجَعَ فيما كان بَقِيَ. وَيَحْرُمُ الاستِمتاعُ بها، فإنْ وطِئَ فلا حَدَّ، ولا يُعَزَّرُ إلّا مُعْتَقِدُ تَحْريمِه، ....

تَطْلُقَ قُبَيْلَ آخِرِ طُهْرِها فهذا قُرءٌ ثمّ تَحيضُ وتَطْهُرُ أقَلَّه فهذا ثانٍ ثمّ تَطْعَنُ كما مَرَّ هذا في غيرِ مُبْتَدَأةٍ أمّا مُبْتَدَأةٌ فأقَلُّه اثنانِ وثلاثون يومًا ثمّ لَحْظةٌ لِما مَرَّ (أو) طَلُقت (في حيضٍ) أو نِفاسٍ (فأحَدٌ وثلاثون) يومًا (ولَحْظةٌ) بأنْ تَطْلُقَ آخِرَ حيضِها أو نِفاسِها ثمّ تَطْهُرَ وتَحيضَ الأقَلَّ ثمّ تَطْهُرَ الأقَلَّ ثمّ تَطْعَنَ في الحيضِ ولو لم يُعْلم هل طَلُقت في الحيضِ أو الطُّهْرِ حُمِلَ على الحيضِ كما صَوَّبَه الزّركشيُّ خلافًا للماوَرْديِّ؛ لأنّه الأحوَطُ ولأنّ الأصلَ بَقاءُ العِدّةِ (وتُصَدَّقُ) الحُرّةُ والأمةُ في حيضِها (إنْ) أمكنَ، وفي عدمِه لِتجبَ نفقتُها وسُكْناها، وإنْ تمادَتْ لِسِنِّ اليأسِ إنْ (لم تُخالِفْ) فيما ادَّعَتْه (عادةً) لها (دائِرةً)، وهو ظاهرٌ (وكذا إنْ خالَفَت) ها (في الأصحِّ)؛ لأنّ العادةَ قد تَتَغَيَّرُ، وهي مُؤْتَمَنةٌ وتَحْلِفُ إنْ كذَّبَها فإنْ نَكلَتْ حَلَفَ وراجَعَها وأطالَ جمعٌ في الانتصارِ لِمُقابِلِ الأصحِّ نَقْلًا وتوجيهًا ونَقَلا عن الرّويانيِّ وأقَرّاه أنّها لو قالت انقضت عِدَّتي وجَبَ سُؤالُها عن كيفيّةِ طُهْرِها وحيضِها وتَحْليفُها عندَ التُّهْمةِ لِكثرةِ الفسادِ ولو ادَّعَتْ لِدونِ الإمكانِ رُدَّتْ ثمّ تُصَدَّقُ عندَ الإمكانِ، وإن استَمَرَّتْ على دعواها الأولى.

(ولو وطِئَ) الزوجُ (رجعيتَه) بالهاءِ كما في خَطِّه، وهي غيرُ حامِلٍ ولو مع تعمُّدِه وعلمِه (واستأنَفت الأقراءَ) أو الأشهرَ وآثَرَ الأقراءَ لِغلبتِها (من وقت) الفراغ من (الوطءِ) كما هو الواجبُ عليها (راجعَ فيما كانَ بَقِيَ) فإنْ وطِئَ بعدَ قُرءٍ أو شهرٍ فله الرّجعةُ في قُرأينِ أو شهرَين دون ما زاد ولو حَمَلَتْ من وطْئِه دخل فيه ما بَقِيَ من عِدّةِ الطّلاقِ وانقضت عِدَّتُها بالوضْعِ، وله الرّجعةُ إليه كما سيذكرُه في العددِ فلا يَرِدُ عليه هنا على أنّه لا استئنافَ فهي خارِجةٌ بقولِه واستأنَفت أمّا وطْءُ الحامِلِ منه فلا استئنافَ فيه.

(تنبيهٌ) الظّاهرُ أنّ المُرادَ بفَراغِ الوطءِ هنا تمامُ النّزْعِ ويُفَرَّقُ بينه وبين ما مَرَّ في مُقارَنةِ ابتداءِ النّزْعِ لِطُلوعِ الفجرِ فإنّه لا يَضُرُّ بأنّ المدارَ ثَمَّ على ما يُسَمَّى جِماعًا وحالةُ النّزْعِ لا تُسَمّاه وهنا على مَظِنّةِ العُلوقِ وما دامَ من الحشَفةِ شيءٌ في الفرجِ المظِنّةُ باقيةٌ فاشتُرِطَ تمامُ نَزْعِها.

(ويحرمُ الاستمتاعُ بها) أي الرّجْعيّةِ ولو بمُجَرَّدِ النّظَرِ؛ لأنّ النّكاحَ يُبيحُه فيُحَرِّمُه الطّلاقُ؛ لأنّه ضِدُّه وتَسميتُه بَعْلًا في الآيةِ لا تَستَلْزِمُه؛ لأنّ نحوَ المظاهرِ وزوجِ الحائِضِ والمعتدّةِ عن شُبهةِ بَعْلٍ، ولا تَحِلُّ له (فإنْ وطِئَ فلا حَدَّ)، وإن اعتقد حرمَتَه للخلافِ الشّهيرِ في إباحَته وحُصولِ الرّجعةِ به (ولا يُعَزَّرُ) على الوطءِ وغيرِه حتى النّظَرِ (إلا مُعتَقِدُ تَحريمِه) بخلافِ مُعتَقِدِ حِلِّه والجاهِلِ بتَحريمِه وذلك لإقدامِه على معصيةٍ عندَه وقولُ الزّركشيِّ لا يُنْكَرُ إلا مُجمَعٌ عليه سهوٌ بل يُنْكَرُ أيضًا ما اعتقد الفاعِلُ تَحْريمَه كما صرحوا به نعم، فيه إشكالٌ من جِهةٍ أخرى؛ لأنّهم صرحوا بأنّ العبرةَ بعقيدةِ

وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ إنْ لم يُراجِعْ، وكذا إنْ راجَعَ على المذْهَبِ وَيَصِحُّ إيلاءٌ وظِهارٌ وطَلاقٌ ولِعانٌ وَيَتَوارَثانِ وإذا ادَّعَى والعِدّةُ مُنْقَضيةٌ رَجْعةً فيها فأنْكَرَتْ، فإن اتَّفَقا على وقْتِ الانْقِضاءِ كَيَوْمِ الجُمُعةِ، وقال راجَعْت يومَ الخميسِ، فقالتْ بل السّبْتِ صُدِّقَتْ بيَمينِها أو على وقْتِ الرّجْعةِ كَيَوْمِ الجُمُعةِ، وقالتْ: انْقَضَت الخميسَ، وقال السّبْتَ صُدِّقَ بيَمينِه، وإنْ تَنازَعا في السّبْقِ بلا اتِّفاقٍ فالأصَحُّ تَرْجيحُ سَبْقِ الدّعْوَى، ....

الحاكِم لا الخصْم فحينئذٍ الحنَفيُّ لا يُعَزِّرُ الشافعيَّ فيه، وإن اعتقد تَحْريمَه؛ لأنّ الحنَفيَّ يَرى حِلَّه والشافعيَّ يُعَزِّرُ الحنَفيَّ إذا رُفِعَ له، وإن اعتقد حِلَّه عَمَلًا بالقاعِدةِ فكيف مع ذلك يصحُّ المتنُ بإطلاقِه فلْيُقَيَّدْ بما إذا رُفِعَ لِمُعتَقِدِ تَحْريمِه أيضًا (ويجبُ) عليه لها بوَطْئِه (مهرُ مثلٍ إن لم يُراجِعْ) لِلشُّبْهةِ، ولا يتكرَّرُ بتَكرُّرِ الوطءِ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ قُبَيْلَ التّشْطيرِ لاتِّحادِ الشُّبْهةِ (وكذا) يجبُ لها (إنْ راجَعَ على المذهبِ)؛ لأنّ الرّجعةَ لا ترفَعُ أثَرَ الطّلاقِ وبه فارَقَ ما لو أسلَمَ أحدُهما ثمّ وطِئَها ثمّ أسلَمَ المُتَخَلِّفُ.

لأنّ الإسلامَ يرفَعُ أثَرَ التّخَلُّفِ لا يُقالُ الرّجْعيّةُ زوجةٌ فإيجابُ مهرٍ ثانٍ يستَلْزِمُ إيجابَ عقدِ النّكاحِ لِمهرَين وأنّه مُحالٌ؛ لأنّا نَقولُ ليستْ زوجةً من كلِّ وجهٍ لِتَزَلْزُلِ العقدِ بالطّلاقِ فكان موجِبُه الشُّبْهةَ لا العقدَ.

(ويصحُّ إيلاءٌ وظهارٌ) منها (وطلاقٌ) لها ولو بمالٍ فلو قال - وله مُطَلَّقة رجعيّةٌ وغيرُ مُطَلَّقة -: كلُّ زوجةٍ لي طالِقٌ طَلُقت الرّجْعيّةُ، وكذا لو قال كلُّ امرَأةٍ في عِصْمَتي كما قدَّمْته أخذًا من إطلاقِهم أنّ الرّجْعيّةَ زوجةٌ في لُحوقِ الطّلاقِ لها، وأمّا قولُ بعضِهم في إنْ وضَعْت وأنت على عِصْمَتي فلم تَضَعْ إلا، وهي رجعيّةٌ أنّها لا تَطْلُقُ؛ لأنّها ليستْ على عِصْمَته فلا يُنافي ما قُلْناه لانقضاءِ عِدَّتها بوَضْعِها فإنْ أرادَ أنّها لا تَطْلُقُ، وإنْ وضَعَتْ ما لا تنقَضي به عِدَّتُها فبَعيدٌ من كلامِهم إلا أنْ يُحمَلَ على أنّه أرادَ العِصْمةَ الحقيقيّةَ، ولا أثَرَ لِما يتبادَرُ إلى الأفهامِ في ذلك؛ لأنّ المُتَبادِرَ إليها أنّها ليستْ بزوجةٍ ولم ينظُروا لِذلك فكذا في مسألَتنا (ولِعانٌ) منها (ويتوارَثانِ) أي الزوجُ والرّجْعيّةُ كما قدَّمَه؛ لأنّ الرّجْعيّةَ زوجةٌ في هذه الأحكامِ الخمسةِ بنصِّ القُرآنِ كما مَرَّ عن الشافعيِّ وسيأتي أنّه لا يَثْبُتُ حكمُ الظِّهارِ والإيلاءِ إلا بعدُ بالرّجعةِ.

(وإذا ادَّعَى والعِدّةُ مُنقَضيةٌ) جُمْلةٌ حاليّةٌ (رَجعةً فيها فأنكرتْ فإن اتَّفَقا على وقت الانقضاءِ كيوم الجُمُعةِ وقال راجَعْتُك يومَ الخميسِ) مثلًا (فقالتْ بل السّبْت) مثلًا (صُدِّقت بيمينِها) أنّها لا تعلَمُ أنّه راجَعَها فيه لاتِّفاقِهما على وقت الانقضاءِ والأصلُ عدمُ الرّجعةِ قبله (أو) اتَّفَقا (على وقت الرّجعةِ) كيوم الجُمُعةِ (وقالت انقضت الخميسَ وقال بل) انقضت (السّبْتَ صُدِّقَ بيَمينِه) أنّها ما انقضت يومَ الخميسِ لاتِّفاقِهما على وقت الرّجعةِ والأصلُ عدمُ انقضاءِ العِدّةِ قبله.

(فإنْ تَنازَعا في السّبْقِ بلا اتِّفاقٍ) على أحدِ ذَينك (فالأصحُّ ترجيحُ سبقِ الدعوى) لاستقرارِ الحكمِ

فإن ادَّعَت الانْقِضاءَ ثم ادَّعَى رَجعةً قبلَه صُدِّقَتْ بيَمينِها أو ادَّعاها قبلَ انْقِضاءٍ فقالتْ بعده صُدِّقَ. قُلْت: فإن ادَّعَيا مَعًا صُدِّقَتْ، واللَّهُ أعْلَمُ.
وَمَتَى ادَّعاها والعِدَّةُ باقيةٌ صُدِّقَ، ....

بقولِ السّابِقِ (فإن ادَّعَت الانقضاءَ) أوّلاً (ثمّ ادَّعَى رَجعةً قبله صُدِّقت بيَمينِها) أنّ عِدَّتَها انقضت قبلَ الرّجعةِ؛ لأنّها لَمّا سبقت بادّعائِه وجَبَ أنْ تُصَدَّقَ لِقَبولِ قولِها فيه من حيثُ هو فوقع قولُه لَغْوًا (أو ادَّعاها قبلَ انقضاءٍ) للعِدّةِ (فقالتْ) بتَراخٍ عنه بل إنّما راجَعَتْ (بعدَه صُدِّقَ) بيَمينِه أنّه راجَعَها قبلَ انقضائِها؛ لأنّه لَمّا سبَقَ بادّعائِها وجَبَ تَصديقُه؛ لأنّه يملكُها فصَحَّتْ ظاهرًا فوقع قولُها بعدَ ذلك لَغوًا ومثلُ ذلك ما لو عُلِمَ التّرتيبُ دون السّابِقِ منهما فيحلِفُ هو أيضًا؛ لأنّ الأصلَ بَقاءُ العِدّةِ قال ابنُ عُجَيْلٍ والمُرادُ سبقُ الدعوى عندَ الحاكِمِ وقال إسماعيلُ الحضْرَميُّ يظهرُ من كلامِهم أنّهم لا يُريدونَه ورجحه الزّركشيُّ فقال الظّاهرُ أنّ مُرادَهم أعَمُّ من ذلك وتَبِعَه أبو زُرْعةَ وغيرُه هذا كلُّه إذا لم تنكِحْ، وإلا فإنْ أقامَ بَيِّنةً بالرّجعةِ قبلَ الانقضاءِ فهي زوجَتُه، وإنْ وطِئَها الثاني ولها عليه بوَطْئِه مهرُ مثلٍ فإنْ لم يُقِمْها فله تَحْليفُها، وإنْ لم يقبل إقرارَها له على الثاني، ولا تُسمَعُ دعواه عليه على الأوجَه؛ لأنّ الزوجةَ من حيثُ هي زوجةٌ ولو أمةً لا تَدْخُلُ تحتَ اليدِ، وفيما إذا أقَرَّتْ أو نَكلَتْ فحَلَفَ تَغْرَمُ له مهرَ المثلِ؛ لأنّها أحالَتْ بإذْنِها في نِكاحِ الثاني أو بتمكينِها له بين الأوّلِ وبين حَقِّه ولو ادَّعَى على مُزَوَّجةٍ أنّها زوجَتُه فقالتْ كُنْت زوجَتَك فطَلَّقْتني جُعِلَتْ زوجةً له لإقرارِها له كذا أطلقاه وأطالَ الأذرَعيُّ في رَدِّه نَقْلاً وتوجيهًا ثمّ حَمَله على ما إذا لم تعترِفْ لِلثّاني، ولا مَكَّنَتْه، ولا أذِنَتْ في نِكاحِه.

(قُلْت: فإن ادَّعَيا مَعًا) بأنْ قالت انقضت عِدَّتي مع قولِه راجَعْتُك أو قالته عَقِبَ قولِه كما نَقَله الرّافِعيُّ عن جمعٍ وأقَرَّهم (صُدِّقت) بيَمينِها (واللّه أعلمُ)؛ لأنّ الانقضاءَ يَتعسَّرُ الإشهادُ عليه بخلافِ الرّجعةِ ولو قالا لا نَعْلَمُ سبقًا، ولا مَعيّةَ فالأصلُ بَقاءُ العِدّةِ وولايةُ الرّجعةِ، ولا يُشْكِلُ ما مَرَّ بقولِهم فيما لو ولَدَتْ وطَلَّقَها واختلفا في السّابِقِ أنّهما إن اتَّفَقا على وقت أحدِهما فالعكسُ مِمّا مَرَّ فإذا اتَّفَقا على وقت الولادةِ صُدِّقَ أو الطّلاقِ صُدِّقت وذلك لاتّحادِ الحكمَين بالعمَلِ بالأصلِ فيهما، وإنْ كان المُصَدَّقُ في أحدِهما غيرُه في الآخرِ، وإنْ لم يَتّفِقا حَلَفَ الزوجُ لاتّفاقِهما هنا على انحلالِ العِصْمةِ قبلَ انقضاءِ العِدّةِ وثَمَّ لم يَتّفِقا عليه قبلَ الولادةِ فقَوِيَ جانِبُ الزوجِ (ومتى ادَّعاها والعِدّةُ باقيةٌ) جُمْلةٌ حاليّةٌ أيضًا (صُدِّقَ) لِقُدْرَته على إنْشائِها أمّا بعدَ العِدّةِ، وقد أنكرتْها من أصلِها فهي المُصَدَّقة إجماعًا وظاهرُ المتنِ أنّه لا يَمين عليه مُطْلَقًا لكن قال الماوَرْديُّ إنْ تعلَّقَ به حَقٌّ لها كأنْ وطِئَها قبلَ إقرارِه بالرّجعةِ لا بُدَّ من يَمينِه وأطلقَ غيرُه أنّه لا بُدَّ من حَلِفِه والذي يَتّجِه بناءُ حَلِفِه على أنّ إقرارَه هل يُجْعَلُ إنْشاءً لِلرّجعةِ، وهو ما صَوَّبَه الإسنَويُّ ونَقَله عن نصِّ الأُمِّ أو لا بل يبقى على حَقيقَته، وهو ما صرّح به الإمامُ واعتمد الأذرَعيُّ وأطالَ فيه فعلى الأوّلِ لا وجهَ لِحَلِفِه وعلى الثاني لا بُدَّ منه،

ومَتَى أنْكَرتْها وصُدِّقَتْ ثم اعْتَرَفَتْ قبلَ اعْتِرافِها ....

(ومتى أنكرتْها وصُدِّقت ثمّ اعترفت) بها له قبلَ أنْ تنكِحَ (قبلَ اعترافِها)؛ لأنّها جَحَدَتْ حَقًّا له ثمّ اعترفت به وفارَقَ ما لو ادَّعَتْ أنّها بنتُ زَيْدٍ أو أختُه من رَضاعٍ ثمّ رجعتْ وكذَّبَتْ نفسَها لا يُقْبَلُ منها بادِّعائِها هنا تأبيدُ الحرمةِ فكان أقوى وبأنّ الرّضاعَ يَتعلَّقُ بها فالظّاهرُ أنّها لا تُقِرُّ به إلا عن تَثَبُّتٍ وتَحَقُّقٍ بخلافِ الرّجعةِ فإنّها قد لا تَشْعُرُ بها ثمّ تَشْعُرُ وبأنّ النّفيَ قد يُستصحَبُ فيه العدمُ الأصليُّ بخلافِ الإثباتِ لا يَصْدُرُ إلا عن تَثَبُّتٍ وبَصيرةٍ غالبًا فامتنع الرُّجوعُ عنه كسائرِ الأقاريرِ قاله الإمامُ وبَنَى عليه أنّها لو ادَّعَتْ أنّه طَلَّقَها فأنكر ونَكلَ عن اليمينِ فحَلَفت ثمّ كذَّبَتْ نفسَها لم تُقبل، وإنْ أمكنَ لاستنادِ قولِها الأوّلِ إلى إثباتٍ ولِتأكُّدِ الأمرِ بالدعوى عندَ الحاكِمِ ولو طَلَّقَ فقال واحدةً وقالتْ ثلاثٌ ثمّ صَدَّقته قُبِلَتْ كما نصَّ عليه وجزم به في الأنوارِ ورجحه السُّبْكيُّ كما يأتي عن ولَدِه فتَرِثُه؛ لأنّها لا يَثبُتُ الطّلاقُ بقولِها فقَبِلَ رُجوعَها ولأنّها لا تبطُلُ به حَقًّا لِغيرِها وبهذا مع ما يأتي ومع اتِّفاقِهم على أنّها لو ادَّعَت انقضاءَ عِدَّتها قبلَ أنْ يُراجِعَها ثمّ رجعتْ قُبِلَتْ يَتَّضِحُ رَدُّ قولِ الأنوارِ لو ادَّعَت الطّلاقَ فأنكر وحَلَفَ ثمّ أكذَبَتْ نفسَها لم تُقْبل.

قال البُلْقينيُّ ولو ادَّعَتْ أنّ زوجَها طَلَّقَها ثلاثًا ثمّ رجعتْ فقَلَّ مَنْ ذكرَها والأرجَحُ قبولُ رُجوعِها؛ لأنّ المرأةَ قد تُنْسَبُ ذلك لِزوجِها من غيرِ تَحقُّقٍ انتهى ويُؤَيِّدُه ما مَرَّ ويأتي عن السُّبْكيِّ ويُفَرِّقُ بين هذا وعدمِ قبولِ رُجوعِها فيما مَرَّ عن الإمامِ يتأكَّدُ الحكمُ فيه بالدعوى والحلِفِ، وعن رَضاعٍ أقَرَّتْ به بأنّه يُحْتاطُ لِلتَّحْريمِ المُؤَبَّدِ ما لا يُحْتاطُ لِغيرِه وبأنّها قد تنسُبُ ذلك لِزوجِها من غيرِ تَحقُّقٍ بخلافِ الرّضاعِ لا تُقِرُّ به إلا عن تَحقُّقٍ أو ظَنٍّ قويٍّ فاندَفع ما قيلَ القياسُ مَنْعُ قبولِها على أنّ بعضَهم بحث أنّها لو أقَرَّتْ برَضاعٍ ثمّ ادَّعَتْ أنّه دون الخُمُسِ أو بعدَ الحوْلينِ وقالتْ ظَنَنْته مُحَرِّمًا قُبِلَتْ وأفتى ولَدُه الجلالُ في رجلٍ تَزَوَّجَ امرأةً بولايةِ أبيها وشاهِدَين بإذْنِها له فأنكرت الإذْنَ فأثبَتَ القاضي النّكاحَ وأمَرَها بالتمكينِ فامتنعتْ ثمّ مات الزوجُ فرجعتْ بأنّ لها بعدَ الرُّجوعِ المُطالَبَةَ بالمهرِ والإرثِ، وفي قواعِدِ التّاجِ السُّبْكيّ عن النّصِّ أنّه لو أقَرَّ بطلاقٍ رجعيٍّ وادَّعَتْ أنّه ثلاثٌ ثمّ صَدَّقته وأكذَبَتْ نفسَها قُبِلَتْ فإذا مات ورِثَتْه كما قاله أبي في فتاويه، ولا نَظَرَ لاعترافِها بالثلاثِ؛ لأنّ الشّارِعَ ألغاه بل قال أبي في فتاويه أيضًا لو خالَعَها فادَّعَتْ أنّها ثالِثةٌ ثمّ رجعتْ وزوِّجَتْ منه بغيرِ مُحَلِّلٍ فالأقرَبُ ثُبوتُ الزوجيّةِ والإرثِ انتهى.

ويوافِقُه قولُ أبي زُرْعةَ في فتاويه ذكرَتْ أنّه طَلَّقَها ثلاثًا فأنكر ثمّ أبانَها لم يَجُزْ إذْنُها في العودِ إليه بلا مُحَلِّلٍ إلا إنْ أكذَبَتْ نفسَها قبلَ الإذْنِ كما لو ادَّعَت التحليلَ فكذَّبَها ثمّ أرادَ العقدَ عليها لا بُدَّ أنْ يُصَدِّقَها اهـ ويظهرُ أنّه لا يحتاجُ لِلتَّلَفُّظِ بالتَّكْذيبِ ثَمَّ والتّصديقُ هنا بل يُكْتَفَى في الظّاهرِ بالإذْنِ ثَمَّ والعقدُ هنا لِتَضَمُّنِهما لِلتَّكْذيبِ والتّصديقِ ومَرَّ في النّكاحِ أنّه لو قال هذه زوجَتي فأنكرتْ ثمّ مات فرجعتْ ورِثَتْه.

وإذا طَلَّقَ دونَ ثَلاثٍ وقال وطِئت فَلي رَجْعةٌ وأنْكَرَتْ صُدِّقَ بيَمينٍ وهو مُقِرٌّ لَها بالمهْرِ، فإنْ قَبَضَتْه فلا رُجوعَ له وإلّا فلا تُطالِبُه إلّا بنِصْفٍ.

(وإذا طَلَّقَ دون ثلاثٍ وقال وطِئت فلي الرجعةُ وأنكرت) وطْأه (صُدِّقت بيَمينٍ) أنّه ما وطِئَها، ولا رَجْعةَ له، ولا نفقةَ لها، ولا سُكْنَى؛ لأنّ الأصلَ عدمُ الوطءِ، وإنّما قبِلَ دعوَى عِنّينٍ ومولًى له لِثُبوت النّكاحِ، وهي تُريدُ تُزيلُه بدعواها والأصلُ عدمُ مُزيلِه وهنا قد تَحَقَّقَ الطّلاقُ، وهو يَدَّعي مُثبِتُ الرجعةِ قبلَ الطّلاقِ والأصلُ عدمُه وبه فارَقَ ما مَرَّ قُبَيْلَ فصلٍ قال: أنت طالِقٌ وأشارَ بإصبَعَين وليس له نِكاحُ أختِها، ولا أربَعٍ سِواها مُؤاخَذةً له بإقرارِه (وهو مُقِرٌّ لها بالمهرِ فإنْ قبضَتَه فلا رُجوعَ له)؛ لأنّه مُقِرٌّ باستحْقاقِها لِجميعِه (وإلا) تكن قبضَتْه (فلا تُطالِبُه إلا بنصفٍ) لإقرارِها أنّها لا تَستَحِقُّ غيرَه فلو أخذَتْه ثمّ أقَرَّتْ بوَطْئِه لم تأخُذِ النّصفَ الآخرَ إلا بإقرارٍ ثانٍ منه هذا في صَداقِ دَيْنٍ أمّا عَيْنٌ امتنع من قبولِ نصفِها فيلزمُ بقَبولِه أو إبرائِها منه أي تمليكِه لها بطَريقِه بأنْ يتلَطَّفَ القاضي به نظيرَ ما مَرَّ في الوكالةِ فإنْ صَمَّمَ فيظهرُ أنّ القاضيَ يقسِمُها فيُعْطيها نصفَها ويوقِفُ النّصفَ الآخرِ تحتَ يَدِه إلى الصُّلْحِ أو البيانِ.



كتاب الإيلاءِ

هو حَلِفُ زوجٍ يَصِحُّ طَلاقُه ليَمتَنِعَنّ من وطْئِها مُطْلَقًا أو فَوْقَ أربَعةِ أشْهُرٍ والجديدُ أنّه لا يَخْتَصُّ بالحلِفِ باللّه تعالى وصِفاتِه، بل لو عَلَّقَ به طَلاقًا أو عِتْقًا أو قال: إنْ وطِئْتُك فَلِلّه عَلَيَّ صَلاةٌ أو صَوْمٌ أو حَجٌّ أو عِتْقٌ كان موليًا.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ الإيلاءِ

مَصْدَرُ آلى أي حَلَفَ (هو) لُغةً الحلِفُ وكان طلاقًا في الجاهِليّةِ فغَيَّرَ الشرعُ حكمَه وخَصَّه بأنّه (حَلِفُ زوجٍ يصحُّ طلاقُه) باللّه أو صِفة له كما يأتي في الأيمانِ أو بما أُلْحِقَ بذلك مِمّا يأتي (لَيَمْتَنِعَنّ من وطْئِها) أي الزوجةِ ولو رجعيّةً ومُتَحَيِّرةً لاحتمالِ الشِّفاءِ ومُحَرَّمةً لاحتمالِ التّحَلُّلِ لِنحوِ حَضْرٍ وصَغيرةً بشرطِها الآتي سواءٌ أقال في الفرجِ أم أطلقَ وسواءٌ أقَيَّدَ بالوطءِ الحلالِ أم سكتَ عن ذلك (مُطْلَقًا) بأنْ لم يُقَيِّدْ بمُدّةٍ وكذا إنْ قال أبدًا أو حتى أموتَ أنا أو زَيْدٌ أو تَموتي ولا يُرَدُّ عليه؛ لأنّه لاستبعادِه كالزّائِدِ على الأربَعةِ ولو قال لا أطأُ ثمّ قال أرَدْت شهرًا مثلًا دُيِّنَ (أو فوقَ أربَعةِ أشهرٍ) ولو بلَحْظةٍ لقوله تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ [البقرة:٢٢٦] الآيةَ.

وفائِدةُ كونِه موليًا في زيادةِ اللّحْظةِ مع تعذُّرِ الطّلَبِ فيها لانحِلالِ الإيلاءِ بمُضيِّها إثمُه إثمُ المولي بإيذائِها وإياسِها من الوطءِ المُدّةَ المذكورةَ فخرج بالزوجِ حَلِفُ سيِّدٍ أو أجنَبيٍّ فهو محضُ يَمينٍ كما يأتي وبيُصْبِحُ طلاقُه الشّامِلُ لِلسَّكْرانِ والعبدِ والكافِرِ والمريضِ بشرطِه الآتي ولِلمُعَلِّقِ في السُّرَيْجيّةِ بناءً على صحّةِ الدّوْرِ فيها لِصحّةِ طلاقِه في الجُمْلةِ الصّبيُّ والمجنونُ والمُكْرَه وبِلَيَمْتَنِعَنّ الذي لا يُقالُ عادةً إلا فيما يقدِرُ عليه العاجِزُ عن الوطءِ بنحوِ جَبٍّ أو شَلَلٍ أو رَتْقٍ أو صِغَرٍ فيها بقَيْدِه الآتي فلا إيلاءَ إذْ لا إيذاءَ. وبهذا الذي قرَّرْتُه اندَفع إيرادُ هذا على المتنِ بأنّه غيرُ مانِعٍ لِدخولِ هذا فيه على أنّه سيُصَرِّحُ بذلك وبِوَطْئِها حَلِّفَه على تركِ التّمَتُّعِ بغيرِه وبَقِيَ الفرجُ إلى آخِره حَلِفُه على الامتناعِ من وطْئِها في الدُّبُرِ أو الحيضِ أو الإحرامِ فهو محضُ يَمينٍ والأرجَحُ في لا أُجامِعُكِ إلا في نحوِ الحيضِ أو حيضٍ أو نَهارِ رَمَضانَ أو المسجِدِ أنّه إيلاءٌ وبِمُطْلَقًا وما بعدَه الأربَعةُ فأقَلُّ؛ لأنّ المرأةَ تصبِرُ على الزوجِ أربَعةَ أشهرٍ ثمّ يَفني صَبْرُها أو يَقِلُّ وعُلِمَ من كلامِه أنّ أركانه ستّةٌ: محلوفٌ به وعليه ومُدّةٌ وصيغةٌ وزوجانِ وأنّ كلًّا له شُروطٌ لا بُدَّ منها (والجديدُ أنّه) أي الإيلاءُ (لا يختَصُّ بالحلِفِ باللّه تعالى وصِفاتِه بل لو عَلَّقَ به) أي الوطءِ (طلاقًا أو عتقًا أو قال إنْ وطِئْتُكِ فلِلّه عليّ صلاةٌ أو صومٌ أو حَجٌّ أو عتقٌ) مِمّا لا ينحَلُّ إلا بعدَ أربَعةِ أشهرٍ (كان موليًا) لأنّ ذلك كلَّه يُسَمَّى يَمينًا لِتَناوُلِها لُغةَ الحلِفِ باللّه تعالى وبِغيرِه فشَمِلَتْه الآيةُ والغُفْرانُ فيها لِما اشتَمَلَ عليه الإيلاءُ من الإثمِ كما مَرَّ لا للحِنْثِ؛ لأنّه

ولو حَلَفَ أجْنَبِيٌّ عليه فَيَمينٌ مَحضةٌ، فإنْ نَكَحَها فلا إيلاءَ ولو آلَى من رَتْقاءَ، أو قَرْناءَ، أو آلَى مَجْبوبٌ لم يَصِحَّ على المذْهَبِ ولو قال: واللَّه لا وطِئْتُك أربَعةَ أشْهُرٍ فإذا مَضَتْ فَواللَّه لا وطِئْتُك أربَعةَ أشْهُرٍ، وهَكَذا مِرارًا فَليس بمولٍ في الأصَحِّ ولو قال: واللَّه لا وطِئْتُك خَمسةَ أشْهُرٍ، فإذا مَضَتْ فَواللَّه لا وطِئْتُك سَنةً فإيلاءانِ لِكُلٍّ حُكْمُهُ ولو قَيَّدَ

واجبٌ وإنْ كان الحلِفُ باللّه ولأنّه يَمْتَنِعُ من الوطءِ خَشْيةَ أنْ يلزمَه ما التزَمَه كالمُمْتَنِع منه في الحلِفِ باللّه تعالى خَشْيةَ الكفّارةِ وكالحلِفِ الظِّهارُ كأنت عليَّ كظهرِ أُمّي سنةً فإنّه إيلاءٌ كما يأتي أمّا إذا انحلَّ قبلها كأنْ وطِئْتُكِ فعلَيَّ صومُ هذا الشّهْرِ أو شهرُ كذا وهو ينقضي قبلَ أربَعةِ أشهرٍ من اليمينِ فلا إيلاءَ.

(ولو حَلَفَ أجنبيٌّ) لأجنَبيّةٍ أو سيِّدٌ لأمَته (عليه) أي الوطءِ كواللّه لا أطَؤُكِ (فيَمينٌ محضةٌ) أي لا إيلاءَ فيها فيلزمُه قبلَ النّكاحِ أو بعدَه كفّارةٌ بوَطْئِها (فإنْ نَكحَها فلا إيلاءَ) يُحْكمُ به عليه فلا تُضْرَبُ المُدّةُ وإنْ بَقيَ من مُدّةِ عَينِها فوقَ أربَعةِ أشهرٍ وتأذَّتْ لانتفاءِ الإضْرارِ حين الحلِفِ لاختصاصِه بالزوجِ بنصٍّ من نِسائِهم (ولو آلَى من رَتْقاءَ أو قرناءَ أو آلَى مجبوبٌ) لم يَبْقَ له قدرُ الحشَفة ومثلُه أشَلُّ كما مَرَّ (لم يصحَّ) هذا الإيلاءُ (على المذهبِ) إذْ لا إيذاءَ منه حينئذٍ بخلافِ الخصيِّ والعاجِزِ لِمَرَضٍ أو عُنّةٍ والعاجِزةِ لِنحوِ مَرَضٍ أو صِغَرٍ يُمْكِنُ معه وطْؤُها في مُدّةٍ قدَّرَها وقد بَقِيَ منها أكثرُ من أربَعةِ أشهرٍ؛ لأنّ الوطءَ مَرْجوٌّ ومَنْ طَرَأَ نحوُ جَبِّه بعدَ الإيلاءِ فإنّه لا يَبْطُلُ ومَرَّ صحّةُ الإيلاءِ من الرّجْعيّةِ، وإنْ حَرُمَ وطْؤُها لإمكانِه برَجْعَتِها.

(ولو قال واللّه لا وطِئْتُكِ أربَعةَ أشهرٍ فإذا مَضَتْ فواللّه لا وطِئْتُك أربَعةَ أشهرٍ وهَكَذا) مَرّتَين أو (مِرارًا) مُتَّصِلةً (فليس بمولٍ في الأصحّ) لانحِلالِ كلٍّ بمُضيِّ الأربَعةِ فتتعذَّرُ المُطالَبةُ نعم، يأثَمُ إثمَ مُطْلَقِ الإيذاءِ دون خُصوصِ إثمِ الإيلاءِ بل بحث أنّه فوقَه؛ لأنّ هذا لا يرتَفِعُ بالوطءِ وفيه نَظَرٌ للخلافِ في أصلِ تأثيمِه وخرج بقولِه فواللّه ما لو حَذَفَه بأنْ قال فلا وطِئْتُكِ فهو إيلاءٌ قطعًا؛ لأنّها يَمينٌ واحدةٌ اشتَمَلَتْ على أكثرَ من أربَعةِ أشهرٍ وبِمُتَّصِلةٍ ما لو فصَلَ كلًّا عن الأخرى أي بأنْ تَكلَّمَ بأجنَبيٍّ وإنْ قلَّ أو سكتَ بأكثرَ من سكْتةِ تَنَفُّسٍ وعَيٍّ فيما يظهرُ فليس إيلاءً قطعًا (ولو قال واللّه لا وطِئْتُك خمسةَ أشهرٍ فإذا مَضَتْ فواللّه لا وطِئْتُك سنةً) بالنّونِ كما في الروضةِ وأصلِها وبالفوقيّةِ أي ستّةَ أشهرٍ كما في أصلِه قيلَ وهو الأولى انتهى.

وفيه نَظَرٌ بل الأولى الأوّلُ لِما في الثاني من الإيهامِ الذي خَلا عنه أصلُه بذِكْرِه المُضافَ إليه (فإيلاءانِ لِكلٍّ) منهما (حكمُه) فتُطالِبُه بموجَبِ الأوّلِ في الخامِسِ لا فيما بعدَه لانحِلالِها بمُضيِّه وانعِقادِ مُدّةِ الثانيةِ فيُطالَبُ بذلك بعدَ مُضيِّ أربَعةِ أشهرٍ وخرج بقولِه فإذا مَضَتْ ما لو أسقطَه كأنْ قال واللّه لا أُجامِعُكِ خمسةَ أشهرٍ ثمّ قال واللّه لا أُجامِعُك سنةً فإنّهما يتداخَلانِ لِتَداخُلِ مُدّتَيْهِما وانحَلَّتا بوَطْءٍ واحدٍ وبقولِه فواللّه ما لو حَذَفَه فيكونُ إيلاءً واحدًا. (ولو قيّدَ) يَمينَه على الامتناعِ من الوطءِ

بِمُسْتَبْعَدِ الحُصولِ في الأربَعةِ كَنُزولِ عيسَى ﷺ فَمولٍ، وإنْ ظَنّ حُصوله قبلَها فلا، وكذا لو شَكَّ في الأصَحِّ، وَلَفْظُه صَريحٌ وكِنايةٌ، فَمن صَريحِه تَغْييبُ ذَكَرٍ بفَرْجٍ ووَطْءٌ وجِماعٌ وافْتِضاضُ بكْرٍ، والجديدُ أنّ مُلامَسةٌ ومُباضَعةٌ ومُباشَرةٌ وإتْيانًا وغَشْيانًا وقِرْبانًا ونَحْوِها كِناياتٌ، ولو قال إنْ وطِئْتُك فَعبدي حُرٌّ فزالَ مِلْكُه ....

(بِمُستبعَدِ الحُصولِ في) الأشهرِ (الأربَعةِ) عادةً (كنُزولِ عيسَى ﷺ) قبلَ خُروجِ الدّجّالِ وكخُروجِ الدّجّالِ أو يأجوجَ ومأجوجَ (فمولٍ)؛ لأنّ الظّاهرَ تأخُّرُه عن الأربَعةِ فتتَضرَّرُ هي بقَطْعِ الرّجاءِ وعُلِمَ به أنّ مُحقَّقَ الامتناعِ كطُلوعِ السّماءِ كذلك بالأولى. أمّا لو قيَّدَها بعدَ خُروجِ الدّجّالِ بنُزولِه فلا يكونُ إيلاءً ومَحَلُّه كما بحثه أبو زُرْعةَ إنْ كان ثانيَ أيّامِه أو أوّلَها ولم يَبْقَ منه مع باقي أيّامِه الأربَعين ما يُكْمِلُ أربَعةَ أشهرٍ باعتبارِ الأيّامِ المعهودةِ إذْ يومُه الأوّلُ كسَنةٍ حَقيقة والثاني كشهرٍ والثالِثُ كجُمُعةٍ كذلك وبقيّتُها كأيّامِنا كما صَحّ عنه ﷺ مع أمرِه بأنّ الأوّلَ لا يكفي فيه صلاةُ يومٍ وبأنّهم يُقَدِّرون له وقيسَ به الثاني والثالِثُ وبالصّلاةِ غيرُها فيُقَدَّرُ فيها أقدارُ العباداتِ والآجالِ وغيرِهما كما مَرَّ أوائِلَ الصّلاةِ. (وإنْ ظَنّ حُصوله) أي المُقيَّدِ به (قبلها) أي الأربَعةِ كمَجيءِ المطَرِ في الشّتاءِ (فلا) يكونُ إيلاءً بل محضُ يَمينٍ ومُحقَّقُه كجَفافِ الثّوْبِ أولى فلِذا حَذَفَه وإنْ كان في أصلِه (وكذا لو شَكَّ) في حُصولِ المُقَيَّدِ به قبلَ الأربَعةِ أو بعدَها كمَرَضِه أو مَرَضِ زَيْدٍ أو قُدومِه من مُحْتَمَلِ الوُصولِ منه قبلَ الأربَعةِ فلا يكونُ إيلاءً (في الأصحِّ) حالاً ولا بعدَ مُضيِّ الأربَعةِ قبلَ وجودِ المُعَلَّقِ به؛ لأنّه لم يتحقَّقْ منه قصْدُ الإيذاءِ أو لا أمّا لو لم يُحْتَمَلْ وُصولُه منه لِبُعْدِ مَسافَته بحيثُ لا تُقْطَعُ في أربَعةِ أشهرٍ فهو مولٍ نعم، إن ادَّعَى ظَنّ قُربِها حَلَفَ ولم يكن موليًا بل حالِفًا.

(ولفظُه) المُفيدُ له وإشارةُ الأخرسِ به (صريحٌ وكِنايةٌ) ومنها الكِتابةُ كغيرِه (فمن صريحِه تَغْييبُ) حَشَفة أو (ذكرٍ) أي حَشَفَته إذْ هي المُرادةُ منه بخلافِ ما لو أرادَ كلَّه لِحُصولِ مقصودِها بتَغْييبِ الحشَفة مع عدمِ الحِنْثِ (بفرجٍ ووَطْءٍ وجِماعٍ) ونَيْكٍ أي مادّةِ «ن ي ك» وكذا البقيّةُ (وافْتضاضِ بكْرٍ) غيرِ غَوْراءَ لِشُيوعِها نعم، يُدَيَّنُ إنْ أرادَ بالجِماعِ الاجتماعَ وبالوطءِ الدّوْسَ بالقدَمِ وبالافْتضاضِ غيرَ الوطءِ، ومَحَلُّه إنْ لم يَقُلْ بذكري وإلا لم يُدَيَّنْ في واحدٍ منها كالنّيْكِ مُطْلَقًا أمّا الغَوْراءُ إذا عُلِمَ حالُها قبلَ الحلِفِ فالحلِفُ على عدمِ افْتضاضِها غيرُ إيلاءٍ على ما قاله ابنُ الرِّفعةِ لِحُصولِ مقصودِها بالوطءِ مع بَقاءِ البكارةِ، قال إلا أنْ يُقالَ الفيْئةُ في حَقِّ البِكْرِ تُخالِفُها في حَقِّ الثّيِّبِ كما يُفْهِمُه إيرادُ القاضي والنّصُّ انتهى.

وهذا هو المعتمدُ لِما يأتي أنّه لا بُدَّ في الفيْئةِ في البِكْرِ من زَوالِ بَكارَتِها ولو غَوْراءَ نظيرَ ما مَرَّ في التحليلِ وإنْ أمكنَ الفرقُ (والجديدُ أنّ مُلامَسةَ ومُباضَعةَ ومُباشَرةَ وإتيانًا وغَشَيانًا وقُربانًا) بكسرِ أوّلِه ويَجوزُ ضَمُّه (ونحوَها) كإفضاءٍ ومَسٍّ (كِناياتٌ) لاستعمالِها في غيرِ الوطءِ أيضًا مع عدمِ اشتهارِها فيه حتى المسِّ وإنْ تكرَّرَ في القُرآنِ بمعنى الوطءِ. (ولو قال إنْ وطِئْتُكِ فعبْدي حُرٌّ فزالَ ملكُه) ببيعٍ لازمٍ

عنه زالَ الإيلاءُ، ولو قال فَعبدي حُرٌّ عن ظِهاري وكان ظاهَرَ فَمولٍ، وإلّا فلا ظِهارَ ولا إيلاءَ باطِنًا، ويُحْكَمُ بهما ظاهِرًا، ولو قال عن ظِهاري إنْ ظاهَرْت فَليس بمولٍ حتّى يُظاهِرَ

من جهته أو بغيره (عنه زالَ الإيلاءُ) وإنْ عادَ لِملكِه لِعدم تَرَتُّبِ شيءٍ على وطْئِهِ. (ولو قال) إنْ وطِئْتُكِ (فعبْدي حُرٌّ عن ظهاري وكان) قد (ظاهر) وعادَ (فمولٍ)؛ لأنّه وإنْ لَزِمَه العتقُ عنه فتعجيلُه ورَبْطُه بمُعَيَّنٍ زيادةٌ التزَمَها بالوطءِ على موجِبِ الظِّهارِ وإنْ وقَعَ عنه لو وطِئَ في المُدّةِ أو بعدَها فكان كالتزامِ أصلِ العتقِ (وإلا) يكن قد ظاهر (فلا ظهارَ ولا إيلاءَ باطِنًا) لِكذِبه (ويُحْكَمُ بهما ظاهرًا) لإقرارِه بالظِّهارِ فيُحْكَمُ بإيلائِه وبِوُقوعِ العتقِ عن الظِّهارِ.

(ولو قال) إنْ وطِئْتُكِ فعبْدي حُرٌّ (عن ظهاري إنْ ظاهَرْت فليس بمولٍ حتى يُظاهِرَ)؛ لأنّه لا يلزمُه شيءٌ بالوطءِ قبلَ الظِّهارِ لِتعلُّقِ العتقِ به مع الوطءِ فإذا ظاهر صار موليًا وحينئذٍ يعتقُ بالوطءِ في مُدّةِ الإيلاءِ وبعدَها لِوجودِ المُعَلَّقِ به لكن لا عن الظِّهارِ اتِّفاقًا لِسَبْقِ لفظِ التعليقِ له والعتقُ إنّما يقعُ عنه بلفظٍ يوجَدُ بعدَه وبحث فيه الرّافِعيُّ بأنّه ينبغي مُراجَعَتُه ويُعْمَلُ بمقتضى إرادَته أخذًا من قولِهم في الطّلاقِ لو عَلَّقَه بشرطَين بلا عَطْفٍ فإنْ قدَّمَ الجزاءَ عليهما أو أخَّرَه عنهما اعْتُبِرَ في حُصولِ المُعَلَّقِ به وجودُ الشرطِ الثاني قبلَ الأوّلِ وإنْ تَوَسَّطَ بينهما كما هنا روجِعَ فإنْ أرادَ أنّه إذا حَصَلَ الثاني تعلَّقَ بالأوّلِ لم يعتق العبدُ إنْ تَقَدَّمَ الوطءُ أو أنّه إذا حَصَلَ الأوّلُ تعلَّقَ بالثاني عتقٌ انتهى وألحَقَ السُّبْكيُّ بتقديم الثاني على الأوّلِ فيما قاله الرّافِعيُّ مُقارَنَتَه له وسَكتَ الرّافِعيُّ عَمّا لو تعذَّرَتْ مُراجَعَتُه أو قال ما أرَدْت شيئًا، ورجح غيرُه أنّه لا إيلاءَ مُطْلَقًا ونوزِعَ فيه بأنّ قياسَ ما فسَّرَ به قوله تعالى ﴿قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ هَادُوٓاْ إِن زَعَمْتُمْ﴾ [الجمعة: ٦] الآيةَ من أنّ الشرطَ الأوّلَ شرطٌ لِجُمْلةِ الثاني وجَزائِه أنْ يكون موليًا إنْ وطِئَ ثمّ ظاهر.

ويُؤَيِّدُ ذلك أنّ هذا هو الذي صرحوا به في الطّلاقِ فإنْ قُلْتَ هل يُمْكِنُ توجيه ما جَرى عليه الأصحابُ هنا ولم يَجْعَلوه من تلك القاعِدةِ التي قرَّروها في الطّلاقِ كما يُصَرِّحُ به كلامُهم قُلْت نعم، يُمْكِنُ إذْ نظيرُ ما هنا ثُمَّ إنْ دَخلْت الدّارَ فأنت طالِقٌ إنْ كلَّمْت زَيْدًا، والفرقُ بينه وبين ما هنا غيرُ خَفيٍّ إذْ كلٌّ من الدُّخولِ والكلام مثلاً وقَعَ شرطًا لِلطّلاقِ مُحْتَمِلاً لِلتَّقَدُّمِ والتّأخُّرِ وليس بين الشرطَين رَبْطٌ ولا مُناسبةٌ شرعيّانِ يُقْضَى بهما على ما أفْهَمَه اللّفْظُ فرجع لإرادَته وقيلَ عندَ عدمِها أو تعذُّرِ معرفَتِها لا طلاقَ إلا إنْ تَقَدَّمَ الأوّلُ؛ لأنّ الأصلَ بَقاءُ العِصْمةِ وأمّا هنا فبين الشرطَين الوطءِ والظِّهارِ ذلك فقُضيَ بهما على اللّفظِ وبَيانُه أنّ الوطءَ هنا لَمّا تعلَّقَ به العتقُ صار كالظِّهارِ في تعلُّقِ العتقِ به أيضًا فكان بينهما ارتباطٌ ومُناسبةٌ شرعيّانِ فصار بمنزلةِ شرطٍ واحدٍ ولم يُعَوَّلْ على إرادَته ولا عدمِها اكتفاءً بالقرينةِ الشرعيّةِ المقتضيةِ لِذلك، وأيضًا فقولُه إنْ ظاهَرْتُ، ليس شرطًا لِمُطْلَقِ وُقوعِ العتقِ بل لِكونِه عنه ظاهرًا فحَسبُ والإيلاءُ ليس مَشروطًا بوُقوعِ العتقِ عن الظِّهارِ لِتعذُّرِه بل بمُطْلَقِ وُقوعِه فلم يَتَّحِد الجزاءُ ويَتعدَّدُ الشرطُ حتى يكون من القاعِدةِ وأيضًا فالإيلاءُ ليس جَزاءً مذكورًا في

أو إنْ وطِئْتُك فضَرَّتُك طالِقٌ فمولٍ، فإنْ وطِئَ طَلُقَت الضّرّةُ وزالَ الإيلاءُ، والأظْهَرُ أنّه لو قالَ لأربَع: واللّه لا أُجامِعُكُنّ فَليس بمولٍ في الحالِ فإنْ جامع ثَلاثًا فَمولٍ مِن الرّابعةِ، فلو ماتَ بعضُهُنّ قبلَ وطْءٍ زالَ الإيلاءُ، ولو قال: لا أُجامِعُ كُلَّ واحِدةٍ منكُنّ فَمولٍ من كُلِّ واحِدةٍ.

اللّفظِ وإنّما هو حكمٌ شرعيٌّ مُرَتَّبٌ على وُقوعِ مثلِ هذه الصّيغةِ. وفرقٌ بين الجزاءِ اللّفظيِّ والجزاءِ الحكميِّ إذِ الأوّلُ يَتعلَّقُ بكلٍّ من الشرطَين على حِدَته فنَظَرْنا لِما بينهما وحَكمْنا بما تقتَضيه اللُّغةُ أو العُرْفُ بخلافِ الثاني إذِ الإيلاءُ يَتعلَّقُ بكلٍّ من أجزاءِ جُمْلةِ الشرطَين وجَزائِهما فلم يُنْظَرْ لِما بين أجزائِها بتَقدُّم ولا تأخُّرٍ فاتَّضَحَ ما ذُكِرَ وهو أنّه لا تَتأتّى فيه تلك القاعِدةُ أصلاً فتأمّلْه.

(أو) قال (إنْ وطِئْتُكِ فضرَّتُك طالِقٌ فمولٍ) من المُخاطَبةِ؛ لأنّ طلاقَ الضّرّةِ الواقعَ بوَطْءِ المُخاطَبةِ يَضُرُّه قال الزّركشيُّ ومثلُه إنْ وطِئْتُك فعلَيَّ طلاقُ ضَرَّتك أو طلاقُك بناءً على ما جَرَيا عليه في المُدّةِ أنّ فيه كفّارةَ يَمينٍ لكنّهما جَرَيا هنا على أنّه لا يجبُ به شيءٌ فحينئذٍ لا إيلاءَ انتهى (فإنْ وطِئَ) في المُدّةِ أو بعدَها (طَلُقت الضّرّةُ) لِوجودِ الصِّفة (وزالَ الإيلاءُ) إذْ لا شيءَ عليه بوَطْئِها بعدُ. (والأظهرُ أنّه لو قال لأربَعٍ واللّه لا أُجامِعُكنّ فليس بمولٍ في الحالِ)؛ لأنّه لا يحنَثُ إلا بوَطْءِ الكلِّ إذِ المعنى لا أطأُ جميعَكُنّ كما لو حَلَفَ لا يُكلِّمُ هَؤُلاءِ، وفارَقت ما بعدَها بأنّ هذه من بابِ سلْبِ العموم وتلك من بابِ عموم السّلْبِ كما يأتي (فإنْ جامع ثلاثًا) منهنّ ولو بعدَ البيْنونةِ أو في الدُّبُرِ؛ لأنّ اليمين يشمَلُ الحلالَ والحرامَ (فمولٍ من الرّابعةِ) لِحِنْثِه حينئذٍ بوَطْئِها (فلو مات بعضُهنّ قبلَ وطْءٍ زالَ الإيلاءُ) لِتَحقُّقِ امتناعِ الحِنثِ إذِ الوطءُ إنّما يقعُ على ما في الحياةِ أمّا بعدَ وطْئِها وقبلَ وطْءِ الأخرَيات فلا يَزولُ (ولو قال) لهنّ واللّه (لا أُجامِعُ) واحدةً منكُنّ ولم يُرِدْ واحدةً مُعيَّنةً أو مُبْهَمةً بأنْ أرادَ الكلَّ أو أطلقَ كان موليًا من كلٍّ منهنّ حملاً له على عمومِ السّلْبِ فإنّ النّكِرةَ في سياقِ النّفْيِ للعمومِ فيحنَثُ بوَطْءِ واحدةٍ ويرتَفِعُ الإيلاءُ عن الباقيات.

أمّا إذا أرادَ واحدةً فيختَصُّ بها ويُعيِّنُها أو يُبيِّنُها أو لا أُجامِعُ (كلَّ واحدةٍ منكُنّ فمولٍ من كلِّ واحدةٍ) منهنّ على حِدَتها لِعمومِ السّلْبِ لِوَطْئِهِنّ بخلافِ لا أطَؤُكُنّ فإنّه لِسَلْبِ العموم أي لا يَعُمُّ وطْئي لَكُنّ فإذا وطِئَ واحدةً حَنِثَ وزالَ الإيلاءُ في حَقِّ الباقيات كما نَقَلاه عن تصحيحِ الأكثرين وقال الإمامُ لا يَزولُ كما هو قضيّةُ الحكم بتخصيصِ كلٍّ بالإيلاءِ وهو ظاهرُ المعنى ولِذا بحث الرّافِعيُّ أنّه إنْ أرادَ تخصيصَ كلٍّ بالإيلاءِ لم يَنحَلَّ وإلا كان كلا أُجامِعُكُنّ فلا يحنَثُ إلا بوَطْءِ جميعِهِنّ وأجابَ عنه البُلْقينيُّ بما لا يدفَعُه، ومن ثَمّ أيّده غيرُه بقولِ المُحقِّقين تأخُّرَ المُسوَّرِ بكلٍّ عن النّفْيِ يُفيدُ سلْبَ العمومِ لا عمومَ السّلْبِ ومن ثَمّ كانت تَسويةُ الأصحابِ بين صورةِ المتنِ ولا أطأُ واحدةً مُشْكِلةً وأُجيبَ بأنّ ما قاله المُحقِّقون أكثريٌّ لا كلّيٌّ بدليلِ قوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ مُخْتَالٍ فَخُورٍ﴾ [لقمان: ١٨] وفيه نَظَرٌ؛ لأنّ هذا إنّما حُمِلَ على النّادِرِ بشَهادةِ المعنى ولا كذلك هنا فحملُه عليه بَعيدٌ جِدًّا وقد يوَجَّه تصحيحُ الأكثرين بأنّهم إنّما حَكموا بإيلائِه من كلِّهِنّ ابتداءً فقط؛ لأنّ اللّفْظَ ظاهرٌ فيه

ولو قال: لا أُجامِعُ إلى سَنةٍ إلّا مَرّةً فَليس بمولٍ في الحالِ في الأظْهَرِ، فإنْ وطِئَ وبَقيَ منها أكْثرُ من أربَعةِ أشْهُرٍ فَمولٍ.

سواءٌ أقُلْنا أنّ عمومَه بَدليٌّ أم شُموليٌّ. وأمّا إذا وطِئَ إحداهُنّ فلا يُحْكمُ بالعمومِ الشُّموليِّ حينئذٍ حتى تَتعدَّدَ الكفّارةُ؛ لأنّه يُعارِضُه أصلُ براءةِ الذِّمّةِ منها بوَطْءِ مَنْ بعدَ الأولى وساعد هذا الأصلَ تَرَدُّدُ اللّفْظِ بين العمومِ البدليِّ والشُّموليِّ وإنْ كان ظاهرًا في الشُّموليِّ فلم تجبْ كفّارةٌ أخرى بالشّكِّ ويلزمُ من عدمِ وجوبِها ارتفاعُ الإيلاءِ ولا نَظَرَ لِنيّةِ الكلِّ في الأولى ولا لِلفظِ كلٍّ في الثانيةِ؛ لأنّ الكفّارةَ حكمٌ رَتّبه الشّارعُ فلم يَتعدَّدْ لا بما يقتضي تعدُّدَ الحِنْثِ نصًّا ولم يوجَدْ ذلك هنا.

(ولو قال) واللّه (لا أجامِعُكِ) سنةً أو (إلى سنةٍ) وأرادَ سنةً كامِلةً أو أطلقَ أخذًا مِمّا مَرَّ في الطّلاقِ (إلا مَرّةً) وأطلقَ (فليس بمولٍ في الحالِ في الأظهرِ)؛ لأنّه لا حِنثَ بوَطْئِه مَرّةً لاستثنائِها أو السّنةِ فإنْ بَقيَ منها عندَ الحلِفِ مُدّةُ الإيلاءِ فإيلاءٌ وإلا فلا (فإنْ وطِئَ وبَقيَ منها) أي السّنةِ (أكثرُ من أربعةِ أشهرٍ فمولٍ) من يومِئذٍ لِحِنْثِه به حينئذٍ فيَمْتَنِعُ منه أو أربعةٌ فأقَلُّ فحالِفٌ فقط، وإنْ لم يَطَأْ حتى مَضَت السّنةُ انحلَّ الإيلاءُ ولا كفّارةَ عليه ولا نَظَرَ لاقتضاءِ اللّفْظِ وطْأه مَرّةً؛ لأنّ القصْدَ مَنْعُ الزّيادةِ عليها لا إيجادُها قيلَ هذا مُخالِفٌ لِما مَرَّ أنّ الاستثناءَ من النّفْيِ إثباتٌ ورُدَّ بأنّه لا يُخالِفُه؛ لأنّه ليس المُرادَ بكونِه إثباتًا أنّه إثباتٌ لِنَقيضِ الملْفوظِ بل المُرادُ أنّه إثباتٌ لِنَقيضِ ما دَلَّ عليه الملْفوظُ به وحينئذٍ فهو موافِقٌ للقاعِدةِ المذكورةِ؛ لأنّه في هذا المِثالِ وهو المُستقبَلُ مَنْعُ نفسِه من الوطءِ وأخرجَ المرّةَ فعلى الضّعيفِ أنّ الثابِتَ بعدَ الاستثناءِ نَقيضُ الملْفوظِ به قبله وهو الوطءُ إذا لم يَطَأْ المرّةَ يحنَثُ.

وعلى الأصحِّ أنّ الثابِتَ نَقيضُ ما دَلَّ عليه لفظُه وهو الامتناعُ ينتَفي الامتناعُ في المرّةِ ويَثبُتُ التّخْييرُ فيها ويَجْري ذلك في كلِّ حَلِفٍ على مُستقبَلٍ بخلافِه على ماضٍ أو حاضِرٍ ففي لا وطِئْتُ إلا مَرّةً يحنَثُ إذا لم يكن قد وطِئَها جَزْمًا لانتفاءِ تَوَجُّبه التّخْييرَ لِعدمِ إمكانِه فلَمّا لم يحتَمِلِ الاستثناءُ إلا وُقوعَه خارِجًا حَنِثَ إذا لم يكن كذلك ولهذا جَزَموا في ليس له عليَّ إلا مِائةٌ بلُزومِها ولم يُخَرِّجوه على هذا الخلافِ قال البُلْقينيُّ وقياسُ ما ذكرَ أنّ مَنْ حَلَفَ لا يشكو غَريمَه إلا من حاكِمِ الشرعِ لم يحنَثْ بتركِ شَكواه مُطْلَقًا؛ لأنّ قصْدَه نفيُ الشّكْوَى من غيرِ حاكِمِ الشرعِ لا إيجادُها عندَه وتَبِعَه أبو زُرْعةَ فقال فيمَنْ قيلَ له بِتْ عندي فقال لا أبيتُ عندَكَ إلا هذه اللّيْلةَ، مَيْلي إلى عدمِ الوُقوعِ بتركِ المبيتِ عندَه؛ لأنّ معناه عُرْفًا ليس إثباتَ المبيت بل إنْ وُجِدَ يكونُ ليلةً فقط ثُمّ استَدَلَّ بإفتاءِ شيخِه والقاعِدةِ المذكورَين وبَيّنَ التّاجُ السُّبْكيُّ تلك القاعِدةَ بأنْ لا آكلُ إلا هذا يتضَمَّنُ قضيّتَين الامتناعَ من أكلِ غيرِه ومُقابِله وهو عدمُ الامتناعِ منه فمعنى الأوّلِ أمنَعُ نفسي غيرَه وأخرجَ هذا من المنْعِ فيُصَدَّقُ بالإقدامِ عليه وتركِه ومعنى الثاني أمنَعُها غيرَه وأحمِلُها عليه والأصحُّ الأوّلُ وإنّما لم يأتِ هذا في ليس له إلا مِائةٌ؛ لأنّه لا مُقابِلَ لِنفيِها إلا ثُبوتُها إذْ لا واسِطةَ بينهما ثُمّ نازع فيما مَرَّ من جَرَيانِ ذلك في كلِّ مُستقبَلٍ بأنّه قد لا يتأتّى في بعضِ المُستقبَلات نحوُ لا يقومُ غَدًا إلا زَيْدٌ إذْ لا بُدَّ من قيامِه غَدًا

فَصْلٌ

يُمهَلُ أربَعةَ أشهُرٍ مِن الإيلاءِ بلا قاضٍ، وفي رَجْعيّةٍ مِن الرَّجْعةِ ولو ارْتَدَّ أحَدُهما بعد دُخولٍ في المُدّةِ انْقَطَعَتْ، فإذا أسْلمَ استُؤْنِفَتْ، وَما يَمنَعُ الوطْءَ ولم يُخِلَّ بِنِكاحٍ إنْ وُجِدَ فيه لم يَمنَع المُدّةَ كَصَوْمٍ وإحْرامٍ ومَرَضٍ وجُنونٍ، أو فيها وهو حِسّيٌّ كَصِغَرٍ ومَرَضٍ مَنَعَ، وإنْ حَدَثَ في المُدّةِ قَطَعَها فإذا زالَ استُؤْنِفَتْ، وقيلَ تُبْنَى، ....

لكن إنْ كانت الجُمْلةُ خبريّةً وإلا لم يَتعيَّنْ قيامُه بل يبقى التّخْييرُ كما مَرَّ فإذَنْ ما ذكرَ ليس من عمومِ المُستقبَلات بل من خُصوصِ الحثِّ أو المنعِ انتهى .

فصل في احكامِ الإيلاءِ من ضَرْبِ مُدّةٍ وما يتفرّعُ عليها

(يُمْهَلُ) وجوبًا المولي بلا مُطالَبةٍ (أربَعةَ أشهرٍ) رِفقًا به وللآيةِ ولو قِنًّا أو قِنّةً؛ لأنّ المُدّةَ شُرِعَتْ لأمرٍ جِبِلّيٍّ هو قِلّةُ صَبْرِها فلم تختَلِفْ بحُرّيّةٍ ورِقٍّ كمُدّةِ حيضٍ وعُنّةٍ وتُحسَبُ المُدّةُ (من) حينِ (الإيلاء)؛ لأنّه مولٍ من وقتَئِذٍ ولو (بلا قاضٍ) لِثُبوتها بالنّصِّ والإجماعِ وبه فارَقت نحوَ مُدّةِ العُنّةِ نعم، في إنْ جامعتُكِ فعبْدي حُرٌّ قبلَ جِماعي بشهرٍ لا تُحسَبُ المُدّةُ من الإيلاءِ بل بعدَ مُضيِّ الشّهْرِ؛ لأنّه لو وطِئَ قبله لم يعتق (و) تُحسَبُ (في رجعيّةٍ) ومُرْتَدّةٍ حالَ الإيلاءِ (من الرجعةِ) أو زَوالِ الرِّدّةِ كزَوالِ الصِّغرِ أو المرَضِ كما يأتي لا من اليمينِ؛ لأنّ بذلك يَحِلُّ الوطءُ في الأوّلينِ ويُمْكِنُ في الأخيرِ أمّا لو آلى ثمّ طَلَّقَ رجعيًا أو وُطِئَتْ بشُبهةٍ فتنقَطِعُ المُدّةُ أو تبطُلُ لِحرمةِ وطْئِها وتُستأنَفُ من الرّجعةِ أو انقضاءِ العِدّةِ إنْ بَقِيَ من مُدّةِ اليمينِ فوقَ أربَعةِ أشهرٍ؛ لأنّ الإضرارَ إنّما يحصُلُ بالامتناعِ المُتَوالي أربَعةَ أشهرٍ في نِكاحٍ سليم.

(ولو ارتدّ أحدُهما) قبلَ دُخولِ انفسَخَ النّكاحُ كما مَرَّ أو (بعدَ دخولٍ في المُدّةِ) أو بعدَها (انقَطَعَتْ) لِحرمةِ وطْئِها حينئذٍ (فإذا أسلَمَ) المُرْتَدُّ منهما في العِدّةِ (استُؤْنِفت) المُدّةُ لِما ذكرَ المعلومَ منه أنّ مَحلَّه إذا كانت اليمينُ على الامتناعِ من الوطءِ مُطْلَقًا أو بَقِيَ من مُدّةِ اليمينِ ما يَزيدُ على أربَعةِ أشهرٍ وإلا فلا معنى لِلاستئْنافِ.

(وما مَنَعَ الوطءَ ولم يُخِلَّ بنِكاحٍ إنْ وُجِدَ فيه) أي الزوجِ (لم يمنعْ) المُدّةَ سواءٌ المانِعُ الشرعيُّ (كصومٍ وإحرامٍ و) الحِسّيُّ كحَبْسٍ و(مَرَضٍ وجُنونٍ)؛ لأنّها ممكنةٌ والمانِعُ منه مع أنّه المُقصِّرُ بالإيلاءِ. (أو) وُجِدَ (فيها) أي الزوجةِ (وهو حِسّيٌّ كصِغَرٍ ومَرَضٍ) يمنعُ من إيلاجِ الحشَفةِ في صورةِ صحّةِ الإيلاءِ معهما السّابِقة ونُشوزٍ (مَنَعَ) المُدّةِ فلا يَبْتَدِئُ بها حتى تَزولَ (وإنْ حَدَثَ) نحوُ مَرَضِها المانِعِ من ذلك أو نُشوزِها وكذا مانِعُها الشرعيُّ غيرُ نحوِ الحيضِ كتَلَبُّسِها بفرضٍ كصوم (في) أثناءِ (المُدّةِ قطَعَها)؛ لأنّه لم يَمْتَنِعْ من الوطءِ لأجلِ اليمينِ بل لِتعذُّرِه (فإذا زالَ) وقد بَقِيَ فوقَ أربَعةِ أشهرٍ من اليمينِ (استُؤْنِفت) المُدّةُ لِما مَرَّ (وقيلَ تُبنَى) لِبَقاءِ النّكاحِ هنا وخرج بفي المُدّةِ طُروُّ ذلك بعدَها

أو شرْعيٌّ كَحَيْضٍ وصَوْمِ نَفْلٍ فلا، ويَمنَعُ فَرْضٌ في الأصَحِّ فإنْ وطِئَ في المُدّةِ، وإلّا فَلَها مُطالَبَتُه بأنْ يَفيءَ أو يُطَلِّقَ ولو تَرَكَتْ حَقَّها فَلَها المُطالَبةُ بعدهُ. وَتَحْصُلُ الفيْئةُ بتَغْييبِ حَشَفةٍ بقُبُلٍ، ولا مُطالَبَةَ إنْ كان بها مانِعُ وطْءٍ كَحَيْضٍ ومَرَضٍ، ....

فلا يمنعُها بل يُطالَبُ بالفيْئةِ بعدَ زَوالِها لِوجودِ المُضارّةِ في المُدّةِ على التّوالي مع بَقاءِ النّكاحِ على سلامَته وبهذا يُفرَّقُ بين ما هنا وما مَرَّ في الرِّدّةِ أو الرّجعةِ (أو) وُجِدَ فيها هو (شرعيٌّ كحيضٍ) أو نِفاسٍ كما قالاه، وإنْ أطالَ جمعٌ في رَدِّه (وصوم ونفلٍ) أو اعتكافِه (فلا) يمنعُ المُدّةَ ولا يقطَعُها لو حَدَثَ فيها؛ لأنّ الحيضَ لا يخلو عنه شهرٌ غالبًا فلو مَنَعَ لامتنع ضَرْبُ المُدّةِ غالبًا وأُلْحِقَ به النّفاسُ طَرْدًا للبابِ؛ لأنّه من جنسِه ومُشارِكٌ له في أكثرِ أحكامِه ولأنّه مُتمَكِّنٌ من وطْئِها مع نحوِ صومِ النّفلِ فإنْ قُلْتَ لِمَ لم ينظُروا هنا إلى كونِه يَهابُ الوطءَ معه ومن ثَمَّ حَرُمَ عليها وهو حاضِرٌ بلا إذْنِه كما مَرَّ قُلْتُ؛ لأنّ المدارَ هنا على التّمكُّنِ وعدمِه فلم يُنْظَرْ لِكونِه يَهابُ الإقدامَ بخلافِه ثَمَّ.

(ويمنعُ) المُدّةَ ويقطَعُها صومٌ أو اعتكافٌ (فرضٌ) وإحرامٌ لا يَجوزُ له تَحْليلُها منه (في الأصحِّ) لِعدمِ تَمَكُّنِه معه من الوطءِ وقضيّتُه أنّ الصومَ الموَسَّعَ زَمَنُه من نحوِ قضاءٍ أو نذرٍ أو كفّارةٍ لا يمنعُ؛ لأنّه كالنّفلِ في تَمَكُّنِه معه من الوطءِ وهو ظاهرٌ ثمّ رأيتُ الزّركشيَّ بحثه (فإنْ وطِئَ في المُدّةِ انحلّتْ) اليمينُ وفاتَ الإيلاءُ كما هو ظاهرٌ (وإلا) يَطَأْ فيها وقد انقضت ولا مانِعَ بها (فلها) دون وليِّها وسيِّدِها بل توقّفُ حتى تَكْمُلَ ببُلوغٍ أو عقلٍ (مُطالَبَتُه)، وإنْ كان حَلِفُه بالطّلاقِ (بأنْ يَفيءَ) أي يرجعَ إلى الوطءِ الذي امتنع منه بالإيلاءِ من فاءَ إذا رجع (أو يُطَلِّقَ) إنْ لم يَفِئْ لِظاهرِ الآيةِ وليس لها تعيينُ أحدِهما كما في الروضةِ وصَوَّبَه الإسنويُّ في تصحيحِه وإنْ ضَعَّفَه في مُهِمّاتِه وتَبِعَه الزّركشيُّ وغيرُه فصَوَّبوا ما قاله الرّافِعيُّ أنّها تُطالِبُه بالفيْئةِ أوّلاً ثمّ بالطّلاقِ؛ لأنّ نفسَه قد لا تُطاوِعُه على الوطءِ ولأنّه لا يُجْبَرُ على الطّلاقِ إلا بعدَ الامتناعِ من الوطءِ واليمينُ بالطّلاقِ لا تمنَعُ حِلَّ الإيلاجِ لكن يجبُ النّزْعُ فورًا.

(ولو تَرَكَتْ حَقَّها فلها المُطالَبةُ بعدَه) أي التّركِ إنْ بَقِيَت المُدّةُ؛ لأنّ الضّرَرَ هنا يتجَدَّدُ كالإعسارِ بالنّفَقة بخلافِه في العُنّةِ والعيْبِ والإعسارِ بالمهرِ؛ لأنّه خَصْلةٌ واحدةٌ.

(وتَحْصُلُ الفيْئةُ) بفتحِ الفاءِ وكسرِها (بتَغْييبِ حَشَفة) أو قدرِها من مقطوعِها (بقُبُلٍ) مع زَوالِ بَكارةِ بِكْرٍ ولو غَوْراءَ وإنْ حَرُمَ الوطءُ أو كان بفعلِها فقط وإنْ لم تنحَلَّ به اليمينُ؛ لأنّه لم يَطَأْ وذلك؛ لأنّ مقصودَ الوطءِ إنّما يحصُلُ بذلك بخلافِه في دُبُرٍ فلا تَحْصُلُ به فيْئةٌ لكن تنحَلُّ اليمينُ وتسقطُ المُطالَبَةُ لِحِنْثِه به فإنْ أُريدَ عدمُ حُصولِ الفيْئةِ به مع بَقاءِ الإيلاءِ تعيَّنَ تصويرُه بما إذا حَلَفَ لا يَطَؤُها في قُبُلِها وبِما إذا حَلَفَ ولم يُقَيِّدْ لَكِنّه فعلَ مُكْرَهًا أو ناسيًا لليَمينِ فإنّها لا تنحَلُّ به. (ولا مُطالَبَةَ) بفَيْئةٍ ولا طلاقٍ (إنْ كان بها مانِعُ وطْءٍ كحيضٍ) ونِفاسٍ وإحرامٍ وصوم فرضٍ بقَيْدِه السّابِقِ أو اعتكافِه (ومَرَضٍ) لا يُمْكِنُ معه الوطءُ؛ لأنّ المُطالَبَةَ إنّما تكونُ بمُستَحَقٍّ وهي لا تَستَحِقُّ الوطءَ لِتعذُّرِه من جهتها

وإنْ كان فيه مانِعٌ طَبيعيٌّ كَمَرَضٍ طولِبَ بأنْ يَقولَ: إذا قَدَرْت فِئْت: أو شَرْعِيٌّ كإحْرامٍ فالمذْهَبُ أنّه يُطالَبُ بطَلاقٍ، فإنْ عَصَى بوَطْءٍ سَقَطَت المُطالَبةُ، وإنْ أبَى الفيئةَ والطّلاقَ، فالأظْهَرُ أنّ القاضيَ يُطلِّقُ عليه طَلْقةً، ....

وتعجَّبَ في الوسيطِ من مَنْعِ الحيضِ لِلطَّلَبِ مع عدم قطعِه المُدّةَ ويُجابُ بأنّ مَنْعَه لِحرمةِ الوطءِ معه وهو ظاهرٌ وعدمُ قطعِه للمَصْلَحةِ وإلا لم تُحْسَبْ مُدّةٌ غالِبًا كما مَرَّ قيلَ قولُهم طلاقُ المولي في الحيضِ غيرُ بدْعيٍّ يُشْكِلُ بعدمِ مُطالَبَته به ورُدَّ بفرضِه فيما إذا طولِبَ زَمَنَ الطُّهْرِ بالفيْئةِ فترَكَ مع تَمَكُّنِه ثمّ حاضَتْ فيُطالَبُ بالطّلاقِ حينئذٍ (وإنْ كان فيه مانِعٌ طَبيعيٌّ كمَرَضٍ) يَضُرُّ معه الوطءُ ولو بنحوِ بُطْءِ بُرْءٍ (طولِبَ) بالفيْئةِ بلِسانِه (بأنْ يقولَ إذا) أو إنْ أو لو فيما يظهرُ خلافًا لِما يقتضيه كلامُ ابنِ الرِّفعةِ واختلاقُ معناها وضْعًا لا يُؤَثِّرُ فيما نحن فيه كما هو واضِحٌ (قَدَرْتُ فِئْتُ)؛ لأنّ به يندَفِعُ إيذاؤُه لها بالحلِفِ بلِسانِه ويَزِيدُ نَدْبًا ونَدِمْتُ على ما فعلْتُ ثمّ إذا لم يَفِئْ طالَبَتْه بالطّلاقِ ويترَدَّدُ النّظَرُ فيما إذا طَرَأ الجبُّ بعدَ الإيلاءِ وسَقَطَ خيارُها والذي يُتَّجه أنّه يُطالَبُ بالطّلاقِ وحدَه إذْ لا فائِدةَ تَتَرَقَّبُ هنا قطعًا ثمّ رأيت ابنَ الرِّفعةِ ذكرَ ما يقتضي أنّه يُقْنَعُ منه بقولِه لو قدَرْتُ فئْتَ وفيه نَظَرٌ ظاهرٌ؛ لأنّ ذلك لا آخِرَ له (أو شرعيٌّ كإحرامٍ) لم يقرُبْ تَحَلُّلُه منه وصومُ فرضٍ مُضَيَّقٍ أو موَسَّعٍ ولم يُستمهل إلى اللّيْلِ وظهارٌ ولم يُستمهل إلى الكفّارةِ بغيرِ الصومِ.

(فالمذهبُ أنه يُطالَبُ بطلاقٍ) عَيْنًا؛ لأنّ المانِعَ منه لا بفَيْئةٍ معه ولا وحدَها لِحرمَتها عليه وإنّما طولِبَ من غَصْبِ دَجاجةٍ ولُؤْلُؤةٍ فابتَلَعَتْها بالتّرديدِ بأنْ يُقال له إنْ ذَبَحتها غَرِمْتَها وإلا غَرِمْت اللُّؤْلُؤةَ؛ لأنّ الابتلاعَ المانِعَ ليس منه وهنا المانِعُ من الزوجِ أمّا إذا قرُبَ التّحَلُّلُ ويظهرُ ضَبْطُه بما يأتي عن غيرِ البغَويّ أو استمهَلَ في الصوم إلى اللّيْلِ أو في الكفّارةِ إلى العتقِ أو الإطعام فإنّه يُمْهَلُ وقَدَّرَ البغَويّ الأخيرَ بيومٍ ونصفٍ وقَدَّرَه غيرُه بثلاثةٍ وهو الأوجَه (فإنْ عَصَى بوَطْءٍ) في القُبُلِ أو في الدُّبُرِ وقد أطلقَ الامتناعَ من الوطءِ (سقَطَت المُطالَبةُ) وانحَلَّت اليمينُ وتأثَمُ بتمكينِه قطعًا إنْ عَمَّهما المانِعُ كطلاقٍ رجعيٍّ أو خَصَّها كحيضٍ وكذا إنْ خَصَّه على الأصحِّ؛ لأنّه إعانةٌ على معصيةٍ.

(وإنْ أبى) بعدَ تَرافُعِهما إلى القاضي فلا يكفي ثُبوتُ إبائِه مع غَيْبَته عن مجلِسِه إلا إذا تعذَّرَ إحضارُه لِتَواريه أو تعزُّزِه (الفيئةَ والطّلاقَ فالأظهرُ أنّ القاضيَ يُطلِّقُ عليه) بسُؤالِها (طَلْقة) وإنْ بانَتْ بها لِعدمِ دخولٍ أو استيفاءِ ثلاثٍ بأنْ يقولَ أوقَعْتُ عليها طَلْقة عنه أو طَلَّقْتُها عنه أو أنت طالِقٌ عنه فإنْ حُذِفَ عنه لم يقعْ شيءٌ وذلك؛ لأنّه لا سبيلَ لِدَوامِ إضْرارِها ولا لإجبارِه على الفيْئةِ مع قبولِ الطّلاقِ لِلنّيابةِ فنابَ الحاكِمُ عنه كما يُزَوِّجُ عن العاضِلِ وخَرج بطَلْقة ما زاد عليها فلا يقعُ كما لو بانَ أنّه طَلَّقَ أو فاءَ فإنْ بانا مَعًا وقَعا لإمكانِهما بخلافِ بيعِ غائِبٍ بانَتْ مُقارَنَتُه لِبيعِ الحاكِمِ عنه لِتعذُّرِ تصحيحِهما فقدَّمَ الأقوى.

وأنّه لا يُمهَلُ ثلاثةً، وأنّه إذا وطِئَ بعد مُطالَبةٍ لَزِمَه كَفّارةُ يَمينٍ.

(و) الأظهرُ (أنّه لا يُمهَلُ) للفَيْئةِ بالفعلِ فيما إذا استُمْهِلَ لها (ثلاثةً) من الأيّامِ لِزيادةِ إضْرارِها أمّا للفَيْئةِ باللِّسانِ فلا يُمْهَلُ قطعًا كالزّيادةِ على الثلاثِ وأمّا ما دونَها فيُمْهَلُ له لكن بقدرِ ما ينتَهي فيه مانِعُه كوقت الفطرِ لِلصّائِمِ والشِّبَعِ للجائعِ والخِفة للمُمْتَلِئِ وقُدِّرَ بيوم فأقَلَّ.

(و) الأظهرُ (أنّه إذا وطِئَ بعدَ مُطالَبةٍ) أو قبلها بالأولى (لَزِمَه كفّارةُ يَمينٍ) إنْ كان حَلِفُه باللّه تعالى لِحِنْثِه والمغفِرةُ والرّحْمةُ في الآيةِ لِما عَصَى به من الإيلاءِ فلا ينفيانِ الكفّارةَ المُستَقَرَّ وجوبُها في كلِّ حِنْثٍ أمّا إذا حَلَفَ بالتزامِ ما يلزمُ فإنْ كان بقُربةٍ تخييرٍ بين ما التزَمَه وكفّارةِ يَمينٍ أو بتعليقِ نحوِ طلاقٍ وقَعَ بوجودِ الصِّفة.



بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الظِّهارِ

يَصِحُّ من كُلِّ زَوْجٍ مُكَلَّفٍ ولو ذِمّيًا وخَصيًّا، وظِهارُ سَكْرانَ كَطَلاقِه، وصَريحُه أنْ يَقولَ لِزَوْجَتِه: أنْتِ عَلَيَّ أو مِنّي أو مَعي أو عندي كَظَهْرِ أُمّي، وكذا أنْتِ كَظَهْرِ أُمّي صَريحٌ على الصّحيحِ، وقولُه: جِسْمُكِ أو بَدَنُكِ أو نفسُكِ ....

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ الظِّهارِ

سُمّيَ به لِتَشْبيه الزوجةِ بظهرِ نحوِ الأُمِّ وخُصَّ؛ لأنّه مَحَلُّ الرُّكوبِ والمرأةُ مَرْكوبُ الزوجِ ومن ثَمَّ سُمّيَ المرْكوبُ ظهرًا وكان طلاقًا في الجاهِليّةِ قيلَ وأوّلِ الإسلامِ وقيلَ لم يكن طلاقًا من كلِّ وجهٍ بل لِتبقَى مُعَلَّقة لا ذاتَ زوجٍ ولا خَليّةً تنكِحُ غيرَه فنَقَلَ الشرعُ حكمَه إلى تَحْريمِها بعدَ العودِ ولُزومِ الكفّارةِ وهو حرامٌ بل كبيرةٌ؛ لأنّ فيه إقدامًا على إحالةِ حكم اللّه وتبديلِه وهذا أحظَرُ من كثيرٍ من الكبائرِ إذْ قضيّتُه الكُفْرُ لولا خُلوُّ الاعتقادِ عن ذلك واحتمالُ التّشْبيه لِذلك وغيرِه ومن ثَمَّ سمّاه تعالى مُنْكَرًا من القولِ وزورًا في الآيةِ أوّلَ المُجادَلةِ وسببُها كثرةُ مُراجَعةِ المُظاهَرِ منها لِرَسولِ اللّه ﷺ لَمّا قال لها: «حَرُمْت عليه» وكرَّرَه وإنّما كرِهَ أنت عليَّ حرامٌ؛ لأنّ الزوجيّةَ ومُطْلَقَ الحرمةِ يَجْتَمِعانِ بخلافِها مع التحريمِ المُشابه لِتَحْريمِ نحوِ الأُمِّ ومن ثَمَّ وجَبَ هنا الكفّارةُ العُظْمَى وثَمَّ كفّارةُ يَمينٍ وأركانُه مَظاهِرٌ ومُظاهَرٌ منها ومُشَبَّهٌ به وصيغةٌ.

(يصِحُّ من كلِّ زوجٍ مُكلَّفٍ) مختارٌ دون أجنَبيٍّ وإنْ نَكحَ بعدُ وصَبيٍّ ومجنونٍ ومُكْرَهٍ لِما مَرَّ في الطّلاقِ نعم، لو عَلَّقَه بصِفة فوُجِدَتْ وهو مجنونٌ مثلًا حَصَلَ **(ولو)** هو **(ذِمّيٌّ)** وحربيٌّ لِعمومِ الآيةِ وكونُه ليس من أهلِ الكفّارةِ الذي نَظَرَ إليه الخصْمُ ومن ثَمَّ نَبَّهَ عليه ممنوعٌ بإطلاقِه إذْ فيها شائِبةُ الغراماتِ ويُتَصَوَّرُ عتقُه بنحوِ إرْثٍ لِمسلمٍ **(وخَصيٌّ)** ونحوِ ممسوحٍ وإنّما لم يصحَّ إيلاؤُه كمن الرّتْقاءِ؛ لأنّ الجِماعَ مقصودٌ ثَمَّ لا هنا، وعبدٍ وإنْ لم يُتَصَوَّرُ منه العتقُ لإمكانِ تَكْفيرِه بالصومِ **(وظهارُ سكْرانَ)** تعدَّى بسُكْرِه **(كطلاقِه)** فيصحُّ منه وإنْ صار كالزِّقِّ.

(وصريحُه) أي الظِّهارِ **(أنْ يقولَ)** أو يُشيرَ الأخرسُ الذي يَفْهَمُ إشارَتَه كلُّ أحدٍ **(لِزوجَتِه)** ولو رجعيّةً قِنّةً غيرَ مُكلَّفة لا يُمْكِنُ وطْؤُها **(أنت عليَّ أو مِنّي أو)** لي أو إلى أو **(مَعي أو عندي كظهرِ أُمّي)**؛ لأنّ عليَّ، وأُلْحِقَ بها ما ذُكِرَ المعهودُ في الجاهِليّةِ **(وكذا أنت كظهرِ أُمّي صريحٌ على الصّحيحِ)** كما أنّ أنت طالِقٌ صريحٌ وإنْ لم يَقُلْ مِنّي لِتَبادُرِه لِلذِّهْنِ **(وقولُه: جِسمُكِ أو بَدَنُكِ أو نفسُكِ)** أو جُمْلَتُك

كَبَدَنِ أُمّي أو جِسْمِها أو جُملَتِها صَريحٌ، والأظْهَرُ أنّ قوله كَبِدِها أو بَطْنِها أو صَدْرِها ظِهارٌ، وكذا كَعَيْنِها إنْ قَصَدَ ظِهارًا، وإنْ قَصَدَ كَرامةً فلا، وكذا إنْ أطْلَقَ في الأصَحِّ، وقولُه: رأسُكِ أو ظَهْرُكِ أو يَدُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمّي ظِهارٌ في الأظْهَرِ، والتَّشْبيه بالجدّةِ ظِهارٌ، والمذْهَبُ طَرْدُه في كُلِّ مَحْرَمٍ لم يَطْرأ تَحْريمُها، لا مُرْضِعةٍ وزَوْجةِ ابنٍ، ولو شَبَّهَ بأجْنَبيّةٍ ومُطَلَّقةٍ وأُخْتِ زَوْجةٍ وأبٍ ومُلاعَنةٍ فَلَغْوٌ، وَيَصِحُّ تَعْليقُه ....

(كبَدَنِ أُمّي أو جِسمِها) أو نفسِها (أو جُملَتها صريحٌ) وإنْ لم يَقُلْ عليَّ لاشتمالِ كلٍّ من ذلك على الظَّهْرِ (وإنْ ظهر أنّ قوله) أنت (كَبِدِها أو بَطْنِها أو صَدْرِها) ونحوِها من كلِّ عُضْوٍ لا يُذْكَرُ للكرامةِ (ظهارٌ)؛ لأنّه عُضوٌ يحرُمُ التَّلَذُّذُ به فكان كالظَّهْرِ (وكذا) العُضْوُ الذي يُذْكَرُ للكرامةِ (كعَينِها) أو رَأسِها أو روحِها ومثلُه أنت كأُمّي أو مثلُ أُمّي لكن لا مُطْلَقًا بل (إنْ قصَدَ) به (ظهارًا) أي معناه وهو التّشبيه بتَحْريم نحوِ الأُمِّ؛ لأنّه نَوَى ما يحتمِلُه اللّفظُ (وإنْ قصَدَ كرامةً فلا) يكونُ ظهارًا لِذلك (وكذا إنْ أطلَقَ في الأصَحِّ) لاحتمالِه الكرامةَ وغلب؛ لأنّ الأصلَ عدمُ الحرمةِ والكفّارةِ.

(وقولُه رَأسُكِ أو ظهرُكِ) أو جُزْؤُكِ (أو يَدُكِ) أو فرجُكِ أو شَعْرُكِ أو نحوُها من الأعضاءِ الظّاهرةِ بخلافِ الباطِنةِ كالكبِدِ والقلْبِ فلا يكونُ ذِكْرُها ظهارًا؛ لأنّها لا يُمْكِنُ التّمَتُّعُ بها حتى توصَفَ بالحرمةِ (عليَّ كظهرِ أُمّي) أو يَدِها مثلاً (ظهارٌ في الأظهرِ) وإنْ لم يَقُلْ عليَّ كما مَرَّ ويظهرُ أنّه يَلْحَقُ بالظّهْرِ كلُّ عُضْوٍ ظاهرٍ لا باطِنٍ نظيرَ ما ذكرَ في المُشَبَّه، فإنْ قُلْتَ يُنافيه ما مَرَّ في الرّوحِ من التّفْصيلِ مع أنّها كالعُضوِ الباطِنِ بناءً على الأصحِّ أنّها جِسمٌ سارٍ في البدَنِ كسَرَيانِ ماءِ الوردِ في الورْدِ قُلْت لا يُنافيه؛ لأنّ المدارَ هنا على العُرْفِ والرّوحُ تُذْكَرُ فيه تارةً للكرامةِ وتارةً لِغيرِها فوَجَبَ التّفْصيلُ السّابِقُ فيها بخلافِ سائرِ الأعضاءِ الباطِنةِ نعم، يقوَى التّرَدُّدُ في القلْبِ والذي يُتَّجه فيه أنّه كالرّوحِ؛ لأنّه إنّما يُذْكَرُ مُرادًا به ما يُرادُ بها لا خُصوصُ الجِسمِ الصّنَوْبَرِيِّ.

(والتّشبيه بالجدّةِ) لأبٍ أو أُمٍّ وإنْ بَعُدَتْ (ظهارٌ)؛ لأنّها تُسَمَّى أُمًّا (والمذهبُ طَرْدُه) أي هذا الحكمُ (في كلِّ مُحَرَّمٍ) شُبِّهَ به من نَسَبٍ أو رَضاعٍ أو مُصاهَرةٍ (لم يَطْرَأ) على المُظاهرِ (تحريمُها) كأخته نَسَبًا ومُرْضِعةِ أُمِّه أو أبيه وأُمِّها وزوجةِ أبيه الّتي نَكَحَها قبلَ وِلادَته بجامِعِ التحريم المُؤَبَّدِ ابتداءً. (لا مُرْضِعةٌ) له (وزوجةَ ابنٍ) له؛ لأنّهما لَمّا حَلّتا له وفي وقتٍ احتمَلَ إرادَتَه (ولو شَبَّهَ) زوجَتَه (بأجنَبيّةٍ) تعديةُ شَبَّهَ بالباءِ مسموعةٌ خلافًا لِمَنْ أنكره (ومُطَلَّقةٍ وأخت زوجةٍ وبأبٍ) مثلاً (ومُلاعَنةٍ فلَغوٌ) أمّا غيرُ الأخيرَين فلِما مَرَّ وأمّا الأبُ فليس مَحَلاً لِلاستمتاع وتأبيدُ حرمةِ المُلاعَنةِ لِقَطيعَتها لا لِوَصْلَتها عكسُ المُحْرِمِ ومن ثَمَّ كان مثلُها مَجوسيّةً ومُرْتَدّةً وكذا أُمّهاتُ المُؤْمِنين رضي الله عنهن؛ لأنّ حرمَتَهُنّ لِشَرَفِه ﷺ ولو قال أنت عليَّ حرامٌ كما حَرُمت أُمّي فالأوجه أنّه كِناية طلاقٍ أو ظهارٌ فإنْ نَوَى أنّها كظهرِ أو نحوِ بَطْنِ أُمِّه في التحريم فمُظاهرٌ وإلا فلا.

(ويصحُّ) توقيتُه كأنت كظهرِ أُمّي يومًا أو سنةً كما يأتي و(تعليقُه)؛ لأنّه لاقتضائِه التحريمَ كالطّلاقِ

كَقولِه: إنْ ظاهَرْت من زَوْجَتي الأُخْرَى فأنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمّي فَظاهَرَ صارَ مُظاهِرًا منهما، ولو قال: إنْ ظاهَرْت من فُلانةَ وفُلانةَ أجْنَبِيّةٌ فَخاطَبَها بِظِهارٍ لم يَصِرْ مُظاهِرًا من زَوْجَتِه إلّا أنْ يُريدَ اللّفْظَ، فلو نَكَحَها وظاهَرَ منها صارَ مُظاهِرًا، ولو قال من فُلانةَ الأَجْنَبِيّةِ فَكَذلك، وقيلَ لا يَصيرُ مُظاهِرًا، وإنْ نَكَحَها وظاهَرَ، ولو قال: إنْ ظاهَرْت منها وهي أجْنَبِيّةٌ فَلَغْوٌ، ولو قال أنْتِ طالِقٌ كَظَهْرِ أُمّي ولم يَنْوِ أو نَوَى الطّلاقَ أو الظِّهارَ أو هما أو ....

والكفّارةَ كاليمينِ وكِلاهما يصحُّ تعليقُه (كقولِه إنْ) دَخلْتَ فأنت عليَّ كظهرِ أُمّي فدخلتْ ولو في حالِ جُنونِه أو نِسيانِه لكن لا عَوْدَ حتى يُمْسِكها عَقِبَ إفاقَتِه أو تَذَكُّرِه وعلمِه بوجودِ الصِّفة قدرَ إمكانِ طلاقِها ولم يُطَلِّقْها وكقولِه إنْ لم أدْخُلْها فأنت عليَّ كظهرِ أُمّي ثمّ مات وفي هذه يُتَصَوَّرُ الظِّهارُ لا العودُ؛ لأنّه بموته يتبَيَّنُ الظِّهارُ قُبَيْله وحينئذٍ يستَحيلُ العودُ وكقولِه إنْ (ظاهَرْتُ من زوجَتي الأخرى فأنت عليَّ كظهرِ أُمّي فظاهَرَ) منها (صار مُظاهرًا منهما) عَمَلًا بمقتضى التنجيزِ والتعليقِ وقضيّةُ كلامِهم انعِقادُ الظِّهارِ وإنْ كان المُعَلَّقُ بفعلِه ناسيًا أو جاهلًا وهو مِمَّنْ يُبالي بتعليقِه وبه قال المُتَوَلّي وعَلَّله بوجودِ الشرطِ انتهى وعليه فيُفَرَّقُ بين ما هنا ونظيرِه السّابِقِ في الطّلاقِ بأنّه ثَمّ عَهْدٌ بل غلب الحلِفُ به على الحثِّ أو المنعِ فحُمِلَ لفظُه عليه صَرْفًا له عن موضوعِه لهذه القرينةِ وفَصَلَ بين أنْ يكون المحلوفُ عليه مِمَّنْ يَقْصِدُ حَثَّه ومَنْعُه وغيرُه وهنا لم يُعْهَدْ ذلك فنُزِّلَ اللّفْظُ على موضوعِه وهو وجودُ الجزاءِ بوجودِ الشرطِ مُطْلَقًا.

(ولو قال إنْ ظاهَرْتُ من فُلانةَ) ولم يُقَيِّدْ بشيءٍ فأنت عليَّ كظهرِ أُمّي (وفُلانةُ) أي والحالُ أنّها (أجنَبيّةٌ فخاطَبَها بظهارٍ لم يَصِرْ مُظاهرًا من زوجَته) لِعدمِ صحّته من الأجنَبيّةِ (إلا أنْ يُريدَ اللّفظَ) أي التعليقَ على مُجَرَّدِ تَلَفُّظه بذلك فيَصيرُ مُظاهرًا من زوجَته لِوجودِ المُعَلَّقِ عليه (فلو نَكَحَها) أي الأجنَبيّةَ (وظاهَرَ منها) بعدَ نِكاحِه لها ولم يحتج لهذا؛ لأنّ ما قبله دالٌّ عليه (صار مُظاهرًا) من تلك لِوجودِ الصِّفة حينئذٍ (ولو قال) إنْ ظاهَرْتُ (من فُلانةَ الأجنَبيّةِ فكذلك) يكونُ مُظاهرًا من تلك إنْ نكحَ هذه ثمّ ظاهر منها ولا فلا إلا أنْ يُريدَ اللّفظَ وذكرَ الأجنَبيّةَ لِلتعريفِ لا لِلشَّرْطِ إذْ وصْفُ المعرِفة لا يُفيدُ تخصيصًا بل توضيحًا أو نحوَه (وقيلَ) بل ذكرَها لِلشَّرْطِ والتّخصيصِ فحينئذٍ (لا يَصيرُ مُظاهرًا) من تلك (وإنْ نكحَها) أي الأجنَبيّةَ (وظاهَرَ منها) لِخُروجِها عن كونِها أجنَبيّةً ويوافِقُه عدمُ الحِنْثِ في نحوِ لا أُكلِّمُ ذا الصّبيَّ فكلَّمَه شيخًا لَكِنّ فرقَ الأوّلِ بأنّ حمله هنا على الشرطِ يُصَيِّرُه تعليقًا بمُحالٍ ويَبْعُدُ حملُ اللّفظِ عليه مع احتمالِه لِغيره بخلافِه في اليمينِ.

(ولو قال إنْ ظاهَرْتُ منها وهي أجنَبيّةٌ) فأنت عليَّ كظهرِ أُمّي (فلَغْوٌ) فلا شيءَ به مُطْلَقًا إلا إنْ أرادَ اللّفظَ وظاهَرَ منها وهي أجنَبيّةٌ وذلك؛ لأنّ إتيانَه بالجُمْلةِ الحاليّةِ نصٌّ في الشرطيّةِ فكان تعليقًا بمُستَحيلٍ كإنْ بعْتُ الخمرَ فأنت كظهرِ أُمّي ولم يقصِدْ مُجَرَّدَ صورةِ البيعِ كما هو ظاهرٌ ثمّ باعَها.

(ولو قال أنت طالِقٌ كظهرِ أُمّي ولم ينوِ به) شيئًا (أو نَوَى) بجميعِه (الطّلاقَ أو الظِّهارَ أو هما أو) نَوَى

الظِّهارَ بأنْتِ طالِقٌ، والطّلاقُ بكَظَهْرِ أُمّي طَلُقَتْ ولا ظِهارَ، أو الطّلاقَ بأنْتِ طالِقٌ، والظِّهارَ بالباقي طَلُقَتْ وحَصَلَ الظِّهارُ إنْ كان طَلاقَ رَجْعةٍ.

فَصْلٌ

على المُظاهِرِ كَفّارةٌ إذا عادَ، وهو أنْ يُمسِكَها بعد ظِهارِه زَمَنَ إمكان فُرْقةٍ، ....

(الظِّهارَ بأنت طالِقٌ و) نَوَى (الطّلاقَ بكظهرِ أُمّي) أو نَوَى بكلٍّ منهما على حِدَته الطّلاقَ أو نَواهما أو غيرَهما بأنت طالِقٌ ونَوَى بكظهرِ أُمّي طلاقًا أو أطلقَ هذا ونَوَى بالأوّلِ شيئًا مِمّا ذكرَ أو أطلقَ الأوّلَ ونَوَى بالثاني شيئًا مِمّا ذكرَ غيرَ الظِّهارِ أو نَوَى بهما أو بكلٍّ منهما أو بالثاني غيرَهما أو كان الطّلاقُ بائِنًا (طَلُقت) لإتيانِه بصريحِ لفظِ الطّلاقِ وهو لا يقبَلُ الصّرْفَ (ولا ظهارَ) أمّا عندَ بَيْنونَتها فواضِحٌ وأمّا عندَ عدمِها فلأنّ لفظَ الظِّهارِ لِكونِه لم يُذْكرْ قبله أنت وفَصَلَ بينه وبينها (بطالِقٌ) وقَعَ تابِعًا غيرَ مُستَقِلٍّ ولم ينوِه بلفظه ولفظُه لا يصلحُ لِلطّلاقِ كعكسِه كما مَرَّ نعم، مَحَلُّ عدمِ وُقوعِ طَلْقة ثانيةٍ به إذا نَوَى به الطّلاقَ وهي رجعيّةٌ أمّا إذا نَوَى ذلك الطّلاقَ الذي أوقَعَه أو أطلقَ أمّا إذا نَوَى به طلاقًا آخرَ غيرَ الأوّلِ فيقعُ على الأوجَه؛ لأنّه لَمّا خرج عن كونِه صريحًا في الظِّهارِ بوُقوعِه تابِعًا صَحَّ أنْ يكون كِنايةً في الطّلاقِ (أو) نَوَى (الطّلاقَ بأنت طالِقٌ) أو لم ينوِ به شيئًا أو نَوَى به الظِّهارَ أو غيرَه (و) نَوَى (الظِّهارَ) وحدَه أو مع الطّلاقِ (بالباقي) أو نَوَى بكلٍّ منهما الظِّهارَ ولو مع الطّلاقِ (طَلُقت) لِوجودِ لفظه الصّريحِ (وحَصَلَ الظِّهارُ إنْ كان) الطّلاقُ (طلاقَ رَجْعةٍ) لِصحّته من الرّجْعيّةِ مع صلاحيّةِ كظهرِ أُمّي لأنْ تكونَ كِنايةً فيه بتقديرِ (أنت) قبله لِوجودِ قصْدِه به وكأنّه قال أنت طالِقٌ أنت كظهرِ أُمّي أمّا إذا كان بائِنًا فلا ظهارَ لِعدمِ صحّته من البائِنِ .

فصل فيما يترَتَّبُ على الظِّهارِ من حرمةِ نحوِ وطْءٍ ولُزومِ كفّارةٍ وغيرِ ذلك

يجبُ (على المُظاهرِ كفّارةٌ إذا عادَ) للآيةِ السّابِقة فموجِبُها الأمرانِ أعني العودَ والظِّهارَ كما هو قياسُ كفّارةِ اليمينِ وإنْ كان ظاهرُ المتنِ الوجهَ الثانيَ أنّ موجِبَها الظِّهارُ فقط والعودُ إنّما هو شرطٌ فيه ولا يُنافي ذلك وجوبَها فوْرًا مع أنّ أحدَ سبَبَيْها وهو العودُ غيرُ معصيةٍ؛ لأنّه إذا اجتَمع حَلالٌ وحرامٌ ولم يُمْكِنْ تَمَيُّزَ أحدُهما عن الآخرِ غُلِّبَ الحرامُ وبه يندَفِعُ ما لِلسُّبْكيِّ هنا (وهو) أي العودُ في غيرِ مُؤَقَّتٍ وفي غيرِ رجعيّةٍ لِما يأتي فيهما (أنْ يَمْسِكها) على الزوجيّةِ ولو جَهْلًا ونحوَه كما هو ظاهرٌ (بعدَ) فراغِ (ظهارِه) ولو مُكرَّرًا لِلتّأكيدِ وبعدَ علمِه بوجودِ الصِّفة في المُعلَّقِ وإنْ نَسيَ أو جُنّ عندَ وجودِها كما مَرَّ وكأنّهم إنّما لم ينظُروا لإمكانِ الطّلاقِ بَدَلَ التّأكيدِ؛ لأنّه لِمَصْلَحةِ تقويةِ الحكمِ فكان غيرَ أجنَبيٍّ عن الصّيغةِ (زَمَنَ إمكانِ فُرْقة)؛ لأنّ تَشْبيهَها بالمُحَرَّمِ يقتضي فِراقَها فبِعدمِ فعلِه صار عائِدًا فيما قال إذِ العودُ للقولِ نحوَ قال قولاً ثمّ عادَ فيه وعادَ له مُخالفتُه ونَقْضُه وهو قريبٌ من عادَ فُلانٌ في هِبَته وقال في القديمِ مَرّةً كمالِكٍ وأحمَدَ هو العزْمُ على الوطءِ؛ لأنّ ثمّ في الآيةِ لِلتّراخي ومَرّةً كأبي

فَلَو اتَّصَلَتْ به فُرْقةٌ، بمَوْتٍ أو فَسخٌ أو طَلاقٍ بائِنٍ أو رَجْعيٍّ ولم يُراجِعْ أو جُنّ فلا عَوْدَ، وكذا لو مَلَكَها أو لاعَنَها في الأَصَحِّ، بشَرْطِ سَبْقِ القَذْفِ ظِهارَه في الأَصَحِّ، ولو راجَعَ أو ارْتَدَّ، مُتَّصِلاً ثم أَسْلَمَ فالمذْهَبُ أنّه عائِدٌ بالرَّجْعةِ، لا بالإِسْلامِ، بل بعده، ولا تَسْقُطُ الكفّارةُ بعد العوْدِ بفُرْقةٍ ويَحْرُمُ قبلَ التَّكْفيرِ وطْءٌ، ....

حَنيفة هو الوطءُ، لَنا أنّ الآيةَ لَمّا نزلتْ وأمَرَ ﷺ المُظاهرَ بالكفّارةِ لم يسأله هل وطِئَ أو عَزَمَ على الوطءِ والأصلُ عدمُ ذلك والوقائعُ القوليّةُ كهذه يُعَمِّمُها الاحتمالُ وإنّها ناصّةٌ على وجوبِ الكفّارةِ قبلَ الوطءِ فيكونُ العودُ سابِقًا عليه.

(تنبيهٌ) الظّاهرُ أنّ مُرادَهم إمكانُ الفُرْقة شرعًا فلا عَوْدَ في نحوِ حائِضٍ إلا بالإمساكِ بعدَ انقطاعِ دَمِها ويُؤَيِّدُه ما مَرَّ أنّ الإكْراهَ الشرعيَّ كالحِسّيِّ.

(فلو اتَّصَلَ به) أي لفظِ الظِّهارِ (فُرْقة بموتٍ) لأحَدِهِما (أو فسخٌ) منه أو منها أو انفساخٌ بنحوِ رِدّةٍ قبلَ وطْءٍ (أو طلاقٍ بائِنٍ أو رجعيّ ولم يُراجِعْ أو جُنّ) أو أُغْميَ عليه عَقِبَ اللّفْظِ (فلا عَوْدَ) للفُرْقة أو تعذُّرِها فلا كفّارةَ ومَحَلُّه إنْ لم يَمْسِكْها بعدَ الإفاقة وصَوَّرَ في الوسيطِ الطّلاقَ بأنْ يقولَ أنت عليَّ كظهرِ أُمّي أنت طالِقٌ ونازع فيه ابنُ الرِّفعةِ بإمكانِ حَذْفِ أنت فلْيكن عائِدًا به؛ لأنّ زَمَنَ طالِقٌ أقَلُّ من زَمَنِ أنت طالِقٌ ويُجابُ بنظيرِ ما قدَّمْتُه في تعليلِ اغتفارِهم تَكْريرَ لفظِ الظِّهارِ لِلتّأكيدِ بل هذا أولى بالاغتفارِ من ذلك؛ لأنّ أنت كظهرِ أُمّي طالِقٌ فيه قلاقة ورِكّةٌ بخلافِ عدم التّكْريرِ ويأتي أنّه لا يُؤَثِّرُ تَطْويلُ كلِماتِ اللِّعانِ وقاسوه على ما لو قال عَقِبَ ظهارِه أنت يا فُلانةُ بنتُ فُلانٍ الفُلانيِّ وأطالَ في اسمِها ونَسَبِها طالِقٌ لم يكن عائِدًا وبه كقولِهم لو قال لها عَقِبَ الظِّهارِ أنت طالِقٌ على ألفٍ فلم تقبل فقال عَقِبَه أنت طالِقٌ بلا عِوَضٍ لم يكن عائِدًا وكذا يا زانيةُ أنت طالِقٌ يَتَّضِحُ رَدُّ ما قاله ابنُ الرِّفعةِ (وكذا لو) كان قِنًّا أو كانت قِنّةً فعقِبَ الظِّهارُ مَلَكْته أو (مَلَكها) اختيارًا بقَبولِ نحوِ وصيّةٍ أو شراءٍ من غيرِ سوْمٍ وتقديرِ بمن؛ لأنّه لم يَمْسِكْها على النّكاحِ ولا يُؤَثِّرُ إرْثُها قطعًا ويُؤَثِّرُ قبولُ هِبَتِها لِتَوَقُّفِها على القبضِ ولو تقديرًا بأنْ كانت بيَدِه (أو لاعَنَها) عَقِبَ الظِّهارِ (في الأصحّ) لاشتغالِه بموجِبِ الفِراقِ وإنْ طالَتْ كلِماتُ اللِّعانِ لِما مَرَّ (بشرطِ سبقِ القذفِ) والرَّفْعِ للقاضي (ظِهارَه في الأصحّ) بخلافِ ما لو ظاهر فقَذَفَ أو رَفع للقاضي فلاعَنَ فإنّه عائِدٌ لِسُهولةِ الفِراقِ بغيرِ ذلك.

(ولو راجَعَ) مَنْ ظاهر منها رجعيّةً أو مَنْ طَلَّقَها رجعيًّا عَقِبَ الظِّهارِ (أو ارتَدَّ مُتَّصِلًا) بالظِّهارِ وهي موطوءةٌ (ثمّ أسلَمَ فالمذهبُ) بعدَ الاتّفاقِ على عَوْدِ أحكامِ الظِّهارِ (أنّه عائِدٌ بالرّجعةِ) وإنْ طَلَّقَها عَقِبَها (لا بإسلامِ بل) إنّما يَعودُ بإمساكِها (بعدَه) زَمَنًا يَسَعُ الفُرْقةَ والفرقُ أنّ مقصودَ الرّجعةِ استباحةُ الوطءِ لا غيرُ ومقصودُ الإسلامِ العودُ لِلدّينِ الحقِّ والاستباحةُ أمرٌ يترَتَّبُ عليه.

(ولا تسقطُ الكفّارةُ بعدَ العودِ بفُرْقة) لاستقرارِها بالإمساكِ قبلها (ويحرُمُ قبلَ التّكفيرِ) بعتقٍ أو غيرِه (وطْءٌ) لِلنّصِّ عليه في غيرِ الإطعامِ وقياسًا فيه على أنّ الخبرَ الحسَنَ وهو قولُه ﷺ للمُظاهرِ: «لا

وكذا لمسٌ ونَحْوُه بشَهْوةٍ في الأظْهَرِ قُلْت: الأظْهَرُ الجوازُ واللَّه أعْلَمْ.

وَيَصِحُّ الظِّهارُ المُؤَقَّتُ مُؤَقَّتًا، وفي قولٍ مُؤَبَّدًا، وفي قولٍ لَغْوٌ، فَعلى الأوَّلِ الأصَحُّ أنّ عَوْدَه لا يَحْصُلُ بإمساكٍ بل بوَطْءٍ في المُدَّةِ ....

تقربَها حتى تُكفِّرَ»[1] يشمَلُه ولزيادةِ التَّغْليظِ عليه نعم، الظِّهارُ المُؤَقَّتُ إذا انقضت مُدَّتُه ولم يَطأْ لا يحرُمُ الوطءُ لارتفاعِه بانقضائِها ومن ثَمَّ لو وطِئَ فيها لَزِمت الكفّارةُ وحَرُمَ عليه الوطءُ حتى تنقضيَ أو يُكفِّرَ واعترَضَ البُلْقينيُّ حِلَّه بعدَ مُضيِّ المُدّةِ وقبلَ التَّكْفيرِ بأنّ الآيَةَ نزلت في ظهارٍ مُؤَقَّتٍ كما ذكرَه الآمِديُّ وغيرُه ويُرَدُّ بأنّ الذي في الأحاديثِ نُزولها في غيرِ المُؤَقَّت (وكذا) يحرُمُ (لمسٌ ونحوُه) من كلِّ مُباشَرةٍ لا نَظَرٍ (بشهوةٍ في الأظهرِ) لإفضائِه للوَطْءِ (قُلت الأظهرُ الجوازُ واللَّه أعلمُ)؛ لأنّ الحرمةَ ليستْ لِمعنًى يُخِلُّ بالنِّكاحِ أشبَهَ الحيضَ ومن ثَمَّ حَرُمَ فيما بين السُّرّةِ والرُّكْبةِ ما مَرَّ في الحائِضِ خلافًا لِما توهِمُه عبارَتُه. (ويصحُّ الظِّهارُ المُؤَقَّتُ) للخبرِ الصَّحيحِ (أنّه ﷺ أمَرَ مَنْ ظاهر مُؤَقَّتًا ثمّ وطِئَ في المُدّةِ بالتَّكفيرِ) وإذا صَحَّحْناه كان (مُؤَقَّتًا) كما التزَمَه وتَغْليبًا لِشَبَه اليمينِ (وقيلَ بل) يكونُ (مُؤَبَّدًا) غَليظًا عليه وتَغْليبًا لِشَبَه الطَّلاقِ (وفي قولٍ) هو (لَغْوٌ) من أصلِه وإنْ أثِمَ به؛ لأنّه لَمّا وقَّته كان كالتَّشبيه بمَنْ لا تَحْرُمُ تأبيدًا ويَرُدُّه الخبرُ المذكورُ إنْ قُلْت لِمَ غَلَّبوا هنا شائِبَةَ اليمينِ لا شائِبَةَ الطَّلاقِ كما تقرّر وعَكسوا ذلك فيما لو قال أنت عليَّ كظهرِ أُمّي ثمّ قال لأخرى أشرَكْتُك معها فإنّه يصِحُّ على الأصحِّ قُلْت يُفَرَّقُ بأنّ صيغةَ الظِّهارِ أقرَبُ إلى صيغةِ الطَّلاقِ من حيثُ إفادةُ التحريمِ فأُلْحِقت بها في قبولِها لِلتَّشْريكِ فيها وأمّا حكمُ الظِّهارِ من وجوبِ الكفّارةِ فهو مُشابِهٌ لليَمينِ دونَ الطّلاقِ فأُلْحِقَ المُؤَقَّتُ على القولِ بصحّته باليمينِ في حكمِه المُرَتَّبِ عليه من التّأقيت كاليمينِ دون التّأبيدِ كالطّلاقِ وسيأتي في توجيه الجديدِ والقديمِ ما هو صريحٌ فيه فتأمّلْه.

(فعلى الأوّلِ) أي صحّته مُؤَقَّتًا (الأصحُّ أنّ عَوْدَه) أي العودَ فيه (لا يحصُلُ بإمساكٍ بل بوَطْءٍ) مُشْتَمِلٍ على تَغْييبِ الحشَفة أو قدرِها من مقطوعِها (في المُدّةِ) للخبرِ المذكورِ ولأنّ الحِلَّ مُنْتَظَرٌ بعدَها فالإمساكُ يحتَمِلُ كونَه لانتظارِه أو للوَطْءِ فيها فلم يتحَقَّق الإمساكُ لأجلِ الوطءِ إلا بالوطءِ فيها فكان هو المُحَصِّلُ للعَوْدِ وقيلَ يتبَيَّنُ به من الظِّهارِ فيَحِلُّ على الأوّلِ كإنْ وطِئْتُكِ فأنت طالِقٌ لا الثاني كإنْ وطِئْتُك فأنت طالِقٌ قبله أمّا الوطءُ بعدَها فلا عَوْدَ به لارتفاعِه بها كما مَرَّ فعُلِمَ تَمَيُّزُه بتَوَقُّفِ العودِ فيه على الوطءِ ويُحِلُّه أوّلاً وبِحرمَته كالمُباشَرةِ بعدُ إلى التَّكْفيرِ أو مُضيِّ المُدّةِ كما مَرَّ وفي أنت عليَّ كظهرِ أُمّي خمسةَ أشهرٍ يكونُ مُظاهِرًا مُؤَقَّتًا ومولِيًا لامتناعِه من وطْئِها فوقَ أربَعةِ أشهرٍ؛ لأنّه متى وطِئَ في المُدّةِ لَزِمَه كفّارةُ الظِّهارِ لِحُصولِ العودِ ولا يلزمُه كفّارةُ يَمينٍ على الأوجَه إذْ لا يَمين هنا

(١) [ضعيف] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٢٢٦٣]، والنسائي في (سننه) [رقم/ ٣٤٨١]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ٢٧٤٣]، وغيرهم من حديث: أبي هريرة ﵁.

قلتُ: حديث ضعيف. ينظر: (السلسلة الضعيفة) للألباني [رقم/ ١٤٢٧].

ويَجِبُ النّزْعُ بمُغَيَّبِ الحشَفةِ. ولو قال لأربَعٍ: أنتُنّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمّي فَمُظاهِرٌ منهُنّ، فإنْ أمسَكَهُنّ فأربَعُ كَفّاراتٍ، وفي القديم كفّارةٌ، ولو ظاهَرَ منهُنّ بأربَعِ كَلِماتٍ مُتَواليةٍ فَعائدٌ مِن الثّلاثِ الأوَلِ، ولو كرّرَ في امرأةٍ مُتَّصِلاً وقَصَدَ تأكيدًا فَظِهارٌ واحِدٌ، أو استِئْنافًا فالأظْهَرُ التَّعَدُّدُ، وأنّه بالمرّةِ الثّانيةِ عائِدٌ في الأوّلِ.

وادّعاءُ تنزيلِ ذلك منزلَتَها حتى في لُزومِ الكفّارةِ بَعيدٌ وإنْ جَزَمَ به غيرُ واحدٍ. (ويجبُ النّزْعُ بمَغيبِ الحشَفة) أي عندَه كما في إنْ وطِئْتُكِ فأنت طالِقٌ وبحث البُلْقينيُّ صحّةَ تقييدِ الظِّهارِ بالمكانِ كالوقت فلا يَعودُ إلا بالوطءِ فيه وحينئذٍ تَحْرُمُ حتى يُكفِّرَ نظيرَ المُؤَقَّت واعترَضَه أبو زُرْعةَ بأنّه إنّما يأتي على الضّعيفِ في أنت طالِقٌ في الدّارِ أمّا على الأصحّ أنّه يقعُ حالاً فلْيكن هذا مُؤَبَّدًا أيضًا انتهى ويُرَدُّ بأنّه إنّما يأتي على الضّعيفِ أنّ المُؤَقَّتَ مُؤَبَّدٌ كالطّلاقِ أمّا على الأصحّ أنّه مُؤَقَّتٌ كاليمينِ لا الطّلاقِ فالوجه ما بحثه البُلْقينيُّ على أنّ الأصحّ في أنت طالِقٌ في الدّارِ أنّه لا يقعُ إلا بدخولِها وكلامُ البُلْقينيِّ واضِحٌ لا اعتراضَ عليه.

(ولو قال لأربَعٍ: أنتُنّ عليّ كظهرِ أُمّي فمُظاهرٌ منهنّ) تَغْليبًا لِشَبَه الطّلاقِ (فإنْ أمسَكهُنّ فأربَعُ كفّاراتٍ) لِوجودِ الظِّهارِ والعودِ في حَقِّ كلٍّ منهنّ أو أمسَك بعضَهُنّ وجَبَتْ فيه فقط (وفي القديم) عليه (كفّارةٌ) واحدةٌ فقط لاتِّحادِ لفظه وتَغْليبًا لِشَبَه اليمينِ.

(ولو ظاهر منهنّ) ظهارًا مُطْلَقًا (بأربَعِ كلِماتٍ مُتَواليةٍ فعائِدٌ من الثلاثِ الأوَلِ) لِعَوْدِه في كلٍّ بظهارِ ما بعدَها فإنْ فارَقَ الرّابِعةَ عَقِبَ ظهارِه لَزِمَه ثلاثُ كفّاراتٍ وإلا فأربَعٌ قيلَ احترَزَ بمُتَواليةٍ عَمّا إذا تَفاصَلَت المرّاتُ وقَصَدَ بكلِّ مَرّةٍ ظهارًا أو أطلقَ فكلُّ مَرّةٍ ظهارٌ مُستَقِلٌّ له كفّارةٌ انتهى وفيه نَظَرٌ إذِ المُتَواليةُ كذلك كما تقرّر فالظّاهرُ أنّ ذِكْرَ التّوالي لِمُجَرَّدِ التّصْويرِ أو ليعلَمَ به غيرُه بالأولى وقولُه وقَصَدَ إلى آخِرِه يوهِمُ صحّةَ قصْدِ التّأكيدِ هنا وليس كذلك.

(ولو كرّرَ) لفظَ ظهارٍ مُطْلَقٍ (في امرأةٍ مُتَّصِلًا) كلُّ لفظٍ بما بعدَه (وقَصَدَ تأكيدًا فظهارٌ واحدٌ) كالطّلاقِ فيلزمُه كفّارةٌ واحدةٌ إنْ أمسَكها عَقِبَ آخِرِ مَرّةٍ أمّا مع تَفاصيلِها بفوقِ سكْتةِ تَنَفُّسٍ وعِيٍّ فلا يُفيدُ قصْدُ التّأكيدِ ولو قصَدَ بالبعضِ تأكيدًا وبالبعضِ استئْنافًا أُعْطِيَ كلٌّ حكمَه (أو) قصَدَ (استئْنافًا) ولو في إنْ دَخَلْت فأنت عليّ كظهرِ أُمّي وكرّرَه (فالأظهرُ التّعَدُّدُ) كالطّلاقِ لا اليمينِ لِما مَرَّ أنّ المُرجح في الظِّهارِ شَبَه الطّلاقِ في نحوِ الصّيغةِ وإنْ أطلقَ فكالأوّلِ وفارَقَ الطّلاقَ بأنّه محصورٌ مملوكٌ فالظّاهرُ استيفاؤُه بخلافِ الظِّهارِ.

(و) الأظهرُ (أنّه بالمرّةِ الثانيةِ عائِدٌ في) الظِّهارِ (الأوّلِ)؛ لأنّ اشتغاله بها إمساكٌ أمّا المُؤَقَّتُ فلا تعدُّدَ فيه مُطْلَقًا لِعدمِ العودِ فيه قبلَ الوطءِ فهو كتَكْريرِ يَمينٍ على شيءٍ واحدٍ.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الكفّارةِ

يُشْتَرَطُ نيّتُها لا تعيينُها، وَخِصالُ كَفّارةِ الظِّهارِ: عِتْقُ رَقَبةٍ ....

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ الكفّارةِ

من الكُفرِ وهو السّتْرُ لِسَتْرِها الذّنْبَ بمحوِه أو تخفيفِ إثمِه بناءً على أنّها زَواجرُ كالحُدودِ والتّعازيرِ أو جوابِرُ للخَلَلِ ورجح ابنُ عبدِ السّلام الثانيَ؛ لأنّها عبادةٌ لافتقارِها لِلنّيّةِ أي فهي كسُجودِ السّهوِ فإنْ قُلْت المُقرّرُ في الدفنِ لِكفّارةِ البصْقِ أنّه يقطَعُ دَوامَ الإثمِ وهنا الكفّارةُ على الثاني لا تقطَعُ دَوامَه وإنّما تُخَفِّفُ بعضَ إثمِه قُلْت يُفَرَّقُ بأنّ الدفنَ مُزيلٌ لِعَينِ ما به المعصيةُ فلم يَبْقَ بعدَه شيءٌ يَدومُ إثمُه بخلافِ الكفّارةِ هنا فإنّها ليستْ كذلك فتأمّلْه وعلى الأوّلِ الممحوُّ هو حَقُّ اللّه من حيثُ هو حَقُّه وأمّا بالنّظَرِ لِنحوِ الفاسِقِ بموجِبِها فلا بُدَّ فيه من التوبةِ نظيرَ نحوِ الحدِّ. (يُشْتَرَطُ نيّتُها) بأنْ ينويَ الإعتاقَ مثلاً عنها لا الواجبَ عليه وإنْ لم يكن عليه غيرُه لِشُمولِه النّذْرَ نعم، إنْ نَوَى أداءَ الواجبِ بالظِّهارِ مثلاً كفَى وذلك؛ لأنّها لِلتّطْهيرِ كالزّكاةِ نعم، هي في كافِرٍ كُفْرٌ بالإعتاقِ لِلتّمْييزِ كما في قضاءِ الدُّيونِ لا الصوم؛ لأنّه لا يصحُّ منه؛ لأنّه عبادةٌ بَدَنيّةٌ ولا ينتَقِلُ عنه للإطعامِ لِقُدْرَته عليه بالإسلامِ فإنْ عَجَزَ أطعَمَ ونَوَى لِلتّمْييزِ أيضًا ويُتَصَوَّرُ ملكُه للمسلمِ بنحوِ إرْثٍ أو إسلامِ قِنِّه أو يقولَ لِمسلمٍ أعتق قِنّك عن كفّارَتي فيُجيبُ. فإنْ لم يُمْكِنْه شيءٌ من ذلك وهو مُظاهِرٌ موسِرٌ مُنِعَ من الوطءِ لِقُدْرَته على ملكِه بأنْ يُسلِمَ فيشتَرِيَه وأفادَ قولُه نيّتُها أنّه لا يجبُ التّعَرُّضُ للفرضيّةِ؛ لأنّها لا تكونُ إلا فرضًا وأنّه لا تجبُ مُقارَنَتُها لِنحوِ العتقِ وهو ما نَقَله في المجموعِ عن النّصِّ والأصحابِ وصَوَّبَه ووَجَّهَه بأنّه يَجوزُ فيها النّيابةُ فاحتيجَ لِتقديمِ النّيّةِ كما في الزّكاةِ بخلافِ الصّلاةِ لكن رجح في الروضةِ كأصلِها أنّهما سواءٌ وعلى الأوّلِ إذا قدّمَها يجبُ قرْنُها بنحوِ عَزْلِ المالِ كما في الزّكاةِ ويكفي قرْنُها بالتعليقِ عليهما كما هو ظاهرٌ ولو عُلِمَ وجوبُ عتقٍ عليه وشَكَّ أهو عن نذرٍ أو كفّارةِ ظهارٍ أو قتلٍ أجزَأه بنيّةِ الواجبِ عليه لِلضّرورةِ ولأنّه لو قال عن كذا أو كذا أو اجتَهَدَ وعَيَّنَ أحدَها لم يُجْزِئْ عنه وإنْ بانَ أنّه الواجبُ كما هو ظاهرٌ (لا تعيينُها) عن ظهارٍ مثلاً؛ لأنّها في مُعْظَمِ خِصالِها نازِعةٌ إلى الغراماتِ فاكتُفيَ فيها بأصلِ النّيّةِ فلو أعتَقَ مَنْ عليه كفّارَتا قتلٍ وظهارٍ رَقَبَتَين بنيّةِ كفّارةٍ ولم يُعَيِّنْ أجزَأ عنهما أو رَقَبةً كذلك أجزَأ عن إحداهما مُبْهَمًا وله صَرْفُه إلى إحداهما ويَتعيَّنُ فلا يتمَكّنُ من صَرْفِه إلى الأخرى كما لو أدّى مَنْ عليه دُيونٌ بعضَها مُبْهَمًا فإنّ له تعيين بعضِها للأداءِ نعم، لو نَوَى غيرَ ما عليه غَلَطًا لم يُجْزِئْه وإنّما صَحَّ في نظيرِه في الحدَثِ؛ لأنّه نَوَى رَفْعَ المانِعِ الشّامِلِ لِما عليه ولا كذلك هنا. (وخِصالُ كفّارةِ الظِّهارِ) ثلاثٌ (عتقُ رَقَبةٍ) فصومٌ فإطعامٌ كما يُفيدُه سياقُه الآتي وعُلِمَ

مُؤْمِنةٍ بلا عَيْبٍ يُخِلُّ بالعمَلِ والكسبِ فَيُجْزِئُ صَغيرٌ أَقْرَعُ أَعْرَجُ يُمكِنُه تِباعُ مَشْيٍ، وأَعْوَرُ وأَصَمُّ وأَخْرَسُ وأَخْشَمُ، وفاقِدُ أَنْفِه وأُذُنَيْه، وأَصابِعِ رِجْلَيْه لا زَمِنٌ ولا فاقِدُ رِجْلٍ أو خِنْصِرٍ وبِنْصِرٍ من يَدٍ أو أَنْمُلَتَيْنِ من غيرِهما قُلْت: أو أُنْمُلةِ إبْهامٍ، واللّٰه أَعْلَمُ، ....

من كلامِه أنّ مثلها في الخِصالِ الثلاثِ كفّارةُ وِقاعِ رَمَضانَ وفي الأَوّلينِ كفّارةُ القتلِ وفي الأولى كفّارةٌ مُخَيَّرةٌ أرادَ العتقَ عنها وإنّما يُجْزِئُ عنها عتقُ رَقَبةٍ (مُؤْمِنةٍ) ولو تبَعًا لأصلٍ أو دارٍ أو سابٍ حملاً للمُطْلَقِ في آيةِ الظِّهارِ على المُقَيَّدِ في آيةِ القتلِ بجامعِ عدمِ الإذْنِ في السّبَبِ (بلا عَيبٍ يُخِلُّ بالعمَلِ والكسبِ) إخلالاً بيِّنًا؛ لأنّ القصْدَ تكميلُ حالِه ليتفرَّغَ لِوَظائِفِ الأحرارِ وذلك مُتَوَقِّفٌ على استقلالِه بكِفايةِ نفسِه والكسبُ إمّا من عَطفِ الرّديفِ ومن ثَمَّ حَذَفَه في الروضةِ أو الأعَمِّ وهو ظاهرٌ أو المُغايِرِ بأنْ يُرادَ بالمُخِلِّ بالعمَلِ ما يُنْقِصُ الذّاتَ وبالمُخِلِّ بالكسبِ ما يُنْقِصُ نحوَ العقلِ.

(فيُجْزِئُ صَغيرٌ) ولو عَقِبَ وِلادَته لِرَجاءِ كِبَرِه كبُرْءِ المرَضِ بخلافِ الهرَمِ ويُسَنُّ بالِغٌ خُروجًا من خلافِ إيجابه وفارَقَ الغُرّةَ بأنّها عِوَضٌ وحَقُّ آدَميٍّ فاحتيطَ لها على أنّها الخيارُ والصّغيرُ كذلك ليس منه.

(وأقرَعُ) لا نَباتَ برَأسِه لِداءٍ (وأعرَجُ يُمكِنُه) من غيرِ مَشَقّةٍ لا تُحْتَمَلُ عادةً كما هو ظاهرٌ (تباعَ المشيِ) لِقِلّةِ تأثيرِهما في العمَلِ بخلافِ ما لا يُمْكِنُه ذلك وحُكيَ عن خَطِّه حَذْفُ الواوِ ليُفيدَ إجزاءَ أحدِهما بالأولى (وأعوَرُ) لِذلك، نعم، إنْ ضَعُفَ نَظَرُ سليمَته وأخلَّ بالعمَلِ إخلالاً بيِّنًا لم يُجْزِئْه (وأصَمُّ) وأخرسُ يَفْهَمُ إشارةَ غيرِه ويَفْهَمُ غيرُه إشارَتَه بما يحتاجُ إليه ومَنِ اقتصَرَ على أحدِهما اكتفَى بتلازُمِهما غالِبًا ويُشْتَرَطُ فيمَنْ وُلِدَ أخرسَ إسلامُه تَبَعًا أو بإشارَته المُفْهِمةِ وإنْ لم يَصِلْ خلافًا لِمَنِ اشتُرِطَ صلاتُه وإلا لم يُجزِئْ عتقُه (وأخشَمُ) أي فاقِدُ الشّمِّ.

(وفاقِدُ أنفِه وأُذُنَيه وأصابعِ رِجلَيه) جميعِها وأسنانِه وعِنّينٌ ومجبوبٌ ورَتْقاءُ وقَرْناءُ وأبرَصُ ومجذومٌ وضعيفُ بَطْشٍ ومَنْ لا يُحْسِنُ صَنْعةً وفاسِقٌ ووَلَدُ زِنا وأحمَقُ وهو مَنْ يَضَعُ الشيءَ في غيرِ مَحَلِّه مع علمِه بقُبْحِه وآبِقٌ ومغصوبٌ وغائِبٌ عُلِمت حياتُهم أو بانَتْ وإنْ جُهِلَتْ حالةَ العتقِ (لا زَمِنٌ) وجَنينٌ وإن انفصَلَ لِدونِ ستّةِ أشهرٍ من الإعتاقِ؛ لأنّه وإنْ أُعطيَ حكمَ المعلومِ لا يُعْطَى حكمَ الحيِّ لِما يأتي في الغُرّةِ (ولا فاقِدُ رِجلٍ) أو يَدٍ وأشَلُّ أحدِهما لإضرارِ ذلك بعَمَلِه إضرارًا بيِّنًا (أو) فاقِدُ (خِنصَرٍ وبنصرٍ من يَدٍ) لِذلك بخلافِ فقْدِ أحدِهما أو فقْدِهما من يَدَين (أو) فاقِدُ (أُنمُلَتَين من غيرِهما) وهو الإبهامُ أو السّبّابةُ أو الوُسطَى وخَصَّهما؛ لأنّ فقْدَهما من خِنصَرٍ أو بنصرٍ لا يَضُرُّ كما عُلِمَ بالأولى مِمّا قبله فعُلِمَ مُساواةُ عبارَته لِقولِ أصلِه وفَقْدُ أُنمُلَتَين من أُصْبُعٍ كفَقْدِهما خلافًا لِمَنِ اعترَضَه فإنْ قُلت أصلُه يُفْهِمُ ضَرَرَ فقْدِهما من كلٍّ من الخِنْصَرِ والبنصِرِ مَعًا والمتنُ لا يُفْهِمُ ذلك بل خلافُه قُلت ممنوعٌ بل يُفْهِمُه؛ لأنه عُلِمَ منه أنّ الأُنْمُلَتين في الثلاثةِ كالأُصْبُعِ فقياسُه أنّهما فيهما كالأُصْبُعِ أيضًا (قُلت: أو أُنمُلةُ إبهامٍ والله أعلمُ) لِتعطُّلِ منفعتها حينئذٍ بخلافِ أُنْمُلةٍ من غيرِها ولو

ولا هَرِمٌ عاجِزٌ، ومَنْ أكْثَرُ وقْتِه مَجْنونٌ ومَريضٌ لا يُرْجَى، فإنْ بَرأ بانَ الإجْزاءُ في الأصَحِّ.

العُلْيا من أصابِعِه الأربَعِ نعم، يظهرُ أنّ غيرَ الإبهامِ لو فقَدَ أُنْمُلَته العُلْيا ضَرَّ قطعُ أُنْمُلةٍ منه؛ لأنّه حينئذٍ كالإبهامِ.

(ولا هَرِمٌ عاجِزٌ) عن الكسبِ صِفة كاشِفة ويُحْتَمَلُ أنّه لِلاحترازِ عَمّا إذا كان يُحْسِنُ مع الهرَمِ صَنْعةً تَكْفيه فيُجْزِئُ وهو قريبٌ وقضيّتُه أنّه لو قدَرَ الأعمَى مثلاً على صَنْعةٍ تكْفيه أجزأ وهو مُحْتَمِلٌ ولَك أنْ تعتَمِدَ ظاهرَ كلامِهم أنّ مَنْ صرحوا فيه بعدم إجزائِه لا نَظَرَ فيه لِقُدْرَته على العمَلِ كما أنّ مَنْ صرحوا بإجزائِه لا نَظَرَ فيه لِعدمِ قُدْرَته على العمَلِ حالاً ويوَجَّه ذلك بأنّهم نَظَروا في القِسمَين للغالِبِ وما ذكَرَ نادِرٌ فلم يُعَوِّلوا عليه. (و) لا (مَنْ أكثرُ وقته مجنونٌ) فيه تَجوُّزٌ بالإخبارِ بمجنونٍ عن أكثرِ وقته والأصلُ ولا مَنْ هو في أكثرِ وقته مجنونٌ وذلك لَمّا ذكرَ وقد يُؤْخَذُ منه أنّه لو كان في زَمَنِ إفاقَته الأقلّ يعمَلُ ما يكفيه زَمَنَ الجُنونِ الأكثرِ أجزَأ وهو مُحْتَمَلٌ ويُحْتَمَلُ خلافُه بخلافِ ما إذا لم يكن أكثرُ وقته كذلك بأنْ قلَّ زَمَنُ جُنونِه عن زَمَنِ إفاقَته أو استَوَيا أي والإفاقة في النّهارِ وإلا لم يُجْزِئْ كما بحثه الأذرَعيُّ؛ لأنّ غالِبَ الكسبِ إنّما يتيَسَّرُ نَهارًا ويُؤْخَذُ منه أنّه لو كان يتيَسَّرُ له ليلاً أجزأ وأنّ مَنْ يُبْصِرُ وقتًا دون وقتٍ كالمجنونِ في تفصيلِه المذكورِ وهو مُتَّجَهٌ وبَقاءُ نحوِ خَبَلٍ بعدَ الإفاقة يمنعُ العمَلَ في حكمِ الجُنونِ وإنّما لم يَلِ النّكاحَ مَنِ استَوَى زَمَنُ جُنونِه وإفاقَته؛ لأنّه لا يحتاجُ لِطولِ نَظَرٍ واختبارٍ ليعرِفَ الأكفاءَ وهو لا يحصُلُ مع التّساوي بخلافِ الكِفايةِ المقصودةِ هنا كذا قيلَ وبِتأمُّلِ ما مَرَّ فيه يُعْلَمُ أنّه لا جامِعَ بينه وبين ما هنا وخرج بالجُنونِ الإغْماءُ؛ لأنّ زَواله مَرْجوٌّ وبه صرّح الماوَرْديُّ لكن تَوَقَّفَ غيرُه فيما لو اطَّرَدَت العادةُ بتكرُّرِه في أكثرِ الأوقات.

(و) لا (مَريضٌ لا يُرْجَى) عندَ العتقِ بُرْءُ مَرَضِه كفالِجٍ وسُلٍّ ولا مَنْ قُدِّمَ للقتلِ بخلافِ مَنْ تَحَتَّمَ قتلُه في المُحارَبةِ أي قبلَ الرّفْعِ للإمامِ أمّا إذا رُجِيَ بُرْؤُه فيُجْزِئُ وإن اتّصَلَ به الموتُ لِجوازِ أنْ يكون لِهُجومِ عِلّةٍ بل لو تَحَقَّقَ موتُه بذلك المرَضِ أجزَأ في الأصحِّ نَظَرًا للغالِبِ وهو الحياةُ من ذلك المرَضِ (فإنْ بَرِئَ) مَنْ لا يُرْجَى بُرْؤُه بعدَ إعتاقِه (بانَ الإجزاءُ في الأصحِّ) لِخطأ الظّنِّ وبه يُفَرَّقُ بين هذا وما مَرَّ قُبَيْلَ فصلِ تجبُ الزّكاةُ على الفوْرِ وعن والِدِ الرّويانيِّ؛ لأنّه لا ظَنّ ثَمَّ أخلَفَ مع أنّ الأصلَ عدمُ النّصابِ ثَمّ والأصلُ أي الغالِبُ هنا البُرْءُ بخلافِ ما لو أعتَقَ أعمَى فأبصَرَ لِتَحَقُّقِ يأسِ إبصارِه فكان محضَ نِعْمةٍ جَديدةٍ ورجح جمعٌ المُقابِلَ لِعدمِ الجزم بالنّيّةِ مع عدم رَجاءِ البُرْءِ ويُجابُ بمَنْعِ تأثيرِ ذلك في النّيّةِ؛ لأنّه جازِمٌ بالإعتاقِ وإنّما هو مُتَرَدِّدٌ في أنّه هل يستَمِرُّ مَرَضُه فيحتاجُ إلى إعتاقٍ ثانٍ أو لا فلا ومثلُ ذلك لا يُؤَثِّرُ في الجزم بالنّيّةِ كما لا يخفى وبهذا إنْ تأمّلْته يظهرُ لَك أنّ ما تقرّر هنا في الأعمَى لا يُنافي قولَهم لو ذَهَبَ بَصَرُه بجنايةٍ فأخذَ ديته ثمّ عادَ استُرِدَّتْ؛ لأنّ العمَى المُحقَّقَ لا يَزولُ ووجه عدمِ المُنافاةِ أنّ المدارَ هنا على ما يُنافي الجزمَ بالنّيّةِ والعمَى يُنافيه نَظَرًا لِحَقيقَته المُتَبادِرةِ من حُصولِ صورَته فلم يُجْزِئ الأعمَى مُطْلَقًا وثَمَّ على ما يُمْكِنُ عادةً عَوْدُه ومَآلاً

وَلا يُجْزِئُ شِراءُ قَرِيبٍ بنيّةِ كَفّارةٍ، ولا أُمِّ ولَدٍ وذي كِتابةٍ صَحيحةٍ، ويُجْزِئُ مُدَبَّرٌ ومُعَلَّقٌ بصِفةٍ، فإنْ أرادَ جَعْلَ العِتقِ المُعَلَّقِ كَفّارةً لم يَجُزْ وله تَعْليقُ عِتْقِ الكفّارةِ بصِفةٍ، وإعْتاقُ عبدَيْه عن كَفّارَتَيْه عن كُلٍّ نِصْفُ ذا ونِصْفُ ذا، ولو أعْتَقَ مُعْسِرٌ نِصْفَيْنِ عن كَفّارةٍ فالأصَحُّ الإجْزاءُ إنْ كان باقيهما حُرًّا، ولو أعْتَقَ بعِوَضٍ لم يَجُزْ عن كَفّارةٍ، ....

وبالزّوالِ بانَ أنّه غيرُ عَمًى فوَجَبَ الاستِرْدادُ. (ولا يُجزِئُ شراءُ) أو تَمَلُّكُ (قريبٍ) أصلٍ أو فرعٍ (بنيّةِ كفّارةٍ)؛ لأنّ عتقَه مُستَحَقٌّ بغيرِ جهةِ الكفّارةِ فهو كدَفْعِ نفقته الواجبةِ إليه بنيّةِ الكفّارةِ. (ولا) عتقُ فهو المعطوفُ على شراءُ وحُذِفَ إقامةً للمُضافِ إليه مَقامَ المُضافِ لا هما على قريبٍ لِفَسادِ المعنى المُرادِ ويَجوزُ رَفْعُهما عَطْفًا على شراءُ ولا إشكالَ فيه وتَوَقُّفُ صحّةِ المعنى على تقديرِ عتقٍ لا يمنعُ ذلك (أُمِّ ولَدٍ و) لا (ذي كِتابةٍ صحيحةٍ) قبلَ تعجيزِه ومَشْروطُ عتقِه في شرائِه لِذلك.

(ويُجزِئُ) ذو كِتابةٍ فاسِدةٍ و(مُدَبَّرٌ ومُعَلَّقٌ) عتقُه (بصِفة) غيرُ التّدْبيرِ لِصحّةِ تَصَرُّفِه فيه ومَحَلُّه إنْ نَجَّزَ عتقَه عن الكفّارةِ أو عَلَّقَه بصِفة تَسبِقُ الأولى بخلافِ ما إذا عَلَّقَه بالأولى كما قال (فإنْ أرادَ) بعدَ التعليقِ بصِفة (جَعْلَ العتقِ المُعَلَّقِ كفّارةً) كأنْ قال إنْ دَخَلْت هذه فأنتَ حُرٌّ ثمّ قال إنْ دَخَلْتها فأنتَ حُرٌّ عن كفّارَتي عَتَقَ بالدُّخولِ و(لم يُجزِئْ) عتقُه عن الكفّارةِ؛ لأنّه استَحَقَّ العتقَ بالتعليقِ الأوّلِ (وله تعليقُ عتقِ) مُجْزِئٍ حالَ التعليقِ عن (الكفّارةِ بصِفة) كإنْ دَخَلْت فأنتَ حُرٌّ عن كفّارَتي فإذا دخل عَتَقَ عنها إذْ لا مانِعَ أمّا غيرُ المُجْزِئِ ككافِرٍ عَلَّقَ عتقَه عنها بإسلامِه فيعتقُ إذا أسلَمَ لا عنها. (و) له (إعتاقُ عبدَيْه عن كفّارَتَيه) ككفّارةِ قتلٍ وكفّارةِ ظهارٍ وإنْ صرّح بالتّشْقيصِ بأنْ قال أعتقت (عن كلٍّ) منهما (نصفَ ذا) العبدِ (ونصفَ ذا) العبدِ الآخرِ لِتخليصِ رَقَبةِ كلٍّ عن الرِّقِّ ويقعُ العتقُ موَزَّعًا كما ذكرَه فإذا ظهر أحدُهما مَعيبًا لم يُجزِئْ واحدٌ منهما فإنْ لم يذكرْه فلا تَشْقيصَ.

(ولو أعتقَ مُعسِرٌ نصفَين) له من عبدَين (عن كفّارةٍ فالأصحُّ الإجزاءُ إنْ كان باقيهما) أو باقي أحدِهما كما استَظْهَرَه الزّركشيُّ وغيرُه إنْ تَوَقَّفَ فيه الأذرَعيُّ (حُرًّا) لِحُصولِ الاستقلالِ المقصودِ ولو في أحدِهما بخلافِ ما إذا كان باقيهما لِغيرِه لِعدمِ السِّرايةِ عليه فلم يحصُلْ مقصودُ العتقِ من التّخَلُّصِ من الرِّقِّ وأمّا الموسِرُ ولو بباقي أحدِهما كما عُلِمَ مِمّا قبله فيُجزِئُ إنْ نَوَى عتقَ الكلِّ عنها؛ لأنّه لِلسِّرايةِ عليه كأنّه باشَرَ عتقَ الجميعِ وهل يُشْتَرَطُ هنا علمُه بأنّه يسري عليه ينبني على ما لو أعتَقَ قِنًّا لأجنبيٍّ فبانَ أنّه لِموَرِّثِه الميّت قبلَ إعتاقِه فهل يُجزِئُ هنا اعتبارًا بما في نفسِ الأمرِ أو لا لِعدمِ الجزم بالنّيّةِ؛ لأنّها لم تَستَنِدْ لِشيءٍ أصلًا بخلافِ عتقِ غائبٍ ومَريضٍ، كلٌّ مُحتَمَلٌ والثاني أقرَبُ ويُؤَيِّدُه أنّ العبرةَ في العباداتِ بما في نفسِ الأمرِ وظَنِّ المُكلَّفِ.

(ولو أعتَقَ) قِنًّا عن كفّارَته (بعِوَضٍ) على القِنِّ أو أجنبيٍّ كأعتقتُك عنها بألفٍ عليك وكأعتقه عنها بألفٍ عليَّ (لم يُجزِئْ عن كفّارةٍ) لِعدمِ تَجَرُّدِ العتقِ لها ومن ثَمَّ استَحَقَّ العِوَضَ على المُلْتَمِسِ. ولَمّا ذكروا حكمَ الإعتاقِ عن الكفّارةِ بعِوَضٍ استَطْرَدوا ذِكْرَ حكمِه في غيرِها وتَبِعَهم كأصلِه فقال

والإعْتاقُ بمالٍ كَطَلاقٍ به، فلو قال أعْتِقْ أُمَّ ولَدِك على أَلْفٍ فأعْتَقَ نَفَذَ ولَزِمَه العِوَضُ، وكذا لو قال أعْتِقْ عبدَك على كَذا فأعْتَقَ في الأصَحِّ، وإنْ قال أعْتِقْه عَنّي على كَذا فَفَعَلَ عَتَقَ عَن الطّالِبِ وعليه العِوَضُ، والأصَحُّ أنّه يَملِكُه عَقِبَ لَفْظِ الإعْتاقِ ثم يَعْتِقُ عليه، ومَنْ مَلَكَ عبدًا أو ثَمَنَه فاضِلاً عن كِفايةِ نفسِه وعيالِه نَفَقةً وكِسْوةً وسُكْنَى وأثاثًا لا بُدَّ منه لَزِمَه العِتْقُ ....

(والإعتاقُ بمالٍ كطلاقٍ به) فيكونُ مُعاوَضةً فيها شَوْبُ تعليقٍ من المالِكِ وشَوْبُ جَعالةٍ من المُلْتَمِسِ ويجبُ الفوْرُ في الجوابِ وإلا عَتَقَ على المالِكِ مَجّانًا (فلو قال) لِغيرِه (أعتق أمَّ ولَدِك على ألفٍ) ولم يَقُلْ عَنّي سواءٌ أقال عنك أو أطلقَ (فأعْتَقَ) ها فوْرًا (نَفَذَ) عتقُه (ولَزِمَه) أي المُلْتَمِسَ (العِوَضُ)؛ لأنّه اقتداءٌ من جهته كاختلاعِ الأجنبيِّ أمّا إذا قال عَنّي فأعْتَقَها عنه فتعتقُ ولا عِوَضَ لاستحالَته بخلافِ طَلِّقْ زوجَتَك عَنّي؛ لأنّه لا يُتَخَيَّلُ فيه انتقالُ شيءٍ إليه (وكذا لو قال أعتق عبدَك على كذا) ولم يَقُلْ عَنّي سواءٌ أقال عنك أم أطلقَ (فأعْتَقَ) فوْرًا فينفُذُ العتقُ جَزْمًا ويستَحِقُّ المالِكُ الألفَ (في الأصحِّ)؛ لأنّه منه اقتداءٌ كأُمِّ الولدِ.

(فإنْ قال أعتقه عَنّي على كذا) أو أطعِم سِتّين مِسكينًا سِتّين مُدًّا عَنّي بكذا أو اكسُ عَشرةً كذا عَنّي بكذا كما في الكافي فيهما (ففعلَ) فوْرًا (عَتَقَ عن الطّالِبِ) وأجزَأه عن كفّارةٍ عليه نَواها به لِتَضَمُّنِ ما ذكرَ للبيعِ لِتَوَقُّفِ العتقِ عنه على ملكِه له فكأنّه قال بِعْنيه بكذا وأعتقه عَنّي فقال بِعْتُك وأعتقتَه عنك (وعليه العِوَضُ) المُسَمَّى إنْ مَلَكه وإلا فقيمةُ العبدِ كالخُلْعِ فإنْ قال مَجّانًا لم يلزمْه شيءٌ بخلافِ ما إذا سكتا عن العِوَضِ فإنّ المعتمدَ أنّه إنْ قال عن كفّارَتي أو عَنّي وعليه عتقٌ ولم يقصِد المُعتقُ العتقَ عنه يلزمُه قيمَتُه كما لو قال له اقضِ دَيْني وإلا فلا، نعم، لو قال ذلك لِمالِكِ بعضِه عَتَقَ عنه بالعِوَضِ ولا يُجْزِئُه عنها؛ لأنّه بملكِه له استَحَقَّ العتقَ بالقرابةِ (والأصحُّ أنّه) أي الطّالِبَ (بملكُه) أي القِنَّ المطلوبَ إعتاقُه (عقِبَ لفظِ الإعتاقِ) الواقعِ بعدَ الاستدعاءِ؛ لأنّه النّاقِلُ للملكِ (ثمّ) عَقِبَ ذلك (يعتقُ عليه) أي الطّالِبِ في زَمَنَين لَطيفَين مُتَّصِلَينِ بلفظِ الإعتاقِ لاستدعاءِ عتقِه عنه ذلك إذِ الشرطُ يترَتَّبُ على المشروطِ لكن صَحَّحَ في الروضةِ في موضِعٍ أنّه معه.

(وَمَن) لزِمَته كَفّارةٌ مُرَتَّبةٌ وهوَ رَشيدٌ أو غيرُه على ما مَرَّ في بابِه وقَد (مَلكَ عَبدًا) أي قِنًّا (أو ثَمَنَهُ) أي ما يُساويه مِن نَقدٍ أو عَرَضٍ (فاضِلاً) كُلٌّ مِنهُما (عن كِفايةِ نَفسِه وعيالِه) الذينَ تَلزَمُه مُؤنَتُهُم (نفقةً وكِسوةً وسُكنَى وأثاثًا) كَآنيةٍ وفَرشٍ (لا بُدَّ منه) وعَن دَينِه ولو مُؤَجَّلاً (لزِمَه العِتقُ) لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢] وهَذا واجِدٌ ويَأتي في نَحوِ كُتُبِ الفقيه وخَيلِ الجُنديّ وآلةِ المُحتَرِفِ وثيابِ التَّجمُّلِ هُنا ما مَرَّ في قِسمِ الصّدَقاتِ أمّا إذا لم يَفضُلِ القِنُّ أو ثَمَنُه عَمّا ذُكِرَ لاحتياجِه لِخِدمَتِه لِمَنصِبٍ يَأبَى خِدمَتَه بنَفسِه أو ضَخامةٍ كَذلكَ بحَيثُ يَحصُلُ له بعِتقِه مَشَقّةٌ شَديدةٌ لا تُحتَمَلُ عادةً ولا أثَرَ لِفَواتِ رَفاهيةٍ أو لِمَرَضٍ به أو بمُمَوَّنِه فلا عِتقَ عَليه؛ لأنّه فاقِدُه شَرعًا كَمَن

وَلا يَجِبُ بَيْعُ ضَيْعةٍ ورأسِ مالٍ لا يَفْضُلُ دَخْلُهما عن كِفايَتِه، ولا مَسْكَنٍ وعبدٍ نَفيسَيْنِ أَلِفَهما في الأَصَحِّ، ولا شِراءٌ بغَبنٍ، وأظْهَرُ الأقْوالِ اعْتِبارُ اليسارِ بوَقْتِ الأداءِ، فإنْ عَجَزَ عن عِتْقٍ ....

وجَدَ ماءً وهوَ يَحتاجُه لعَطَشٍ ويُشتَرَطُ فَضلُ ذَلكَ عن كِفايةِ ما ذُكِرَ العُمُرَ الغالبِ عَلى المنقولِ المُعتَمَدِ وما وقَعَ في الرّوضةِ هُنا مِن اعتِبارِ سَنةٍ مَبنيٌّ عَلى الضّعيفِ السّابِقِ في قِسمِ الصّدَقاتِ فَقَد صَرَّحَ فيها بأنّ مَن يَحِلُّ له أخذُ الزّكاةِ والكفّارةِ فَقيرٌ يُكفِّرُ بالصّومِ وبِأنّ مَن له رَأسُ مالٍ لو بيعَ صارَ مِسكينًا كَفَّرَ بالصّومِ كَما قال.

(ولا يجبُ بيعُ ضَيعةٍ) أي أرضٍ (ورَأسِ مالٍ لا يَفضُلُ دَخلُهما) وهو غَلّةُ الأولى ورِبحُ الثاني ومثلُهما الماشيةُ ونحوُها (عن كِفايَته) بحيثُ لو باعَهما صار مِسكينًا؛ لأنّ المسكنةَ أقوى من مُفارَقة المألوفِ أمّا إذا فضَلَ أو بعضُه فيُباعُ الفاضِلُ قطعًا (ولا) بيعُ (مسكنٍ وعبدٍ) أي قِنٍّ (نفيسين) بأنْ يَجِدَ بثمنِ المسكنِ مسكنًا يكفيه وقِنًّا يعتقُه وبِثمنِ القِنِّ قِنًّا يخدُمُه وقِنًّا يُعتقُه (ألِفهما في الأصحِّ) بحيثُ يَشُقُّ عليه مُفارَقتُهما مَشَقة لا تُحتَمَلُ عادةً فيما يظهرُ لِمَشَقة مُفارَقة المألوفِ نعم، إن اتَّسَعَ المسكنُ المألوفُ بحيثُ يكفيه بعضُه وباقيه يُحَصِّلُ رَقَبةً لَزِمَه تَحصيلُهما أمّا لو لم يألفهما فيلزمُه بيعُهما وتَحصيلُ قِنٍّ يعتقُه قطعًا واحتياجُه الأمةَ للوَطْءِ كهو للخِدْمةِ.

(ولا) يجبُ (شراءٌ) لِرَقَبةٍ (بغَبنٍ) أي زيادةٌ على ثمنِ مثلِها وإنْ قلَّتْ نظيرَ ما مَرَّ في شراءِ الماءِ والفرقُ بينهما بتَكرُّرِ ذاك ضعيفٌ قال الأذرَعيُّ وغيرُه نَقْلًا عن الماوَرْديِّ واعتَمَدوه وعلى الأوّلِ لا يَجوزُ العُدولُ لِلصَّوْمِ بل يلزمُه الصّبرُ إلى الوجودِ بثمنِ المثلِ وكذا لو غابَ ما له فيُكلَّفُ الصّبرَ إلى وُصولِه أيضًا ولا نَظَرَ إلى تَضرُّرِهما بفَوات التّمتُّعِ مُدّةَ الصّبرِ؛ لأنه الذي ورَّطَ نفسَه فيه اهـ. ولَك أنْ تَستَشْكِلَ ذلك بما مَرَّ في نظيرِه من دَمِ التّمتُّعِ وما في معناه أنّ له العُدولَ لِلصَّوْمِ وإنْ أيسَرَ ببَلَدِه إلا أنْ يُفرَّقَ بأنّ ذاك وقَعَ تابِعًا لِما هو مُكلَّفٌ به فلم يتمَحَّضْ منه توريطُ نفسِه فيه بخلافِ هذا فتُغَلَّظُ فيه أكثرُ ثمّ رأيتُهم فرَّقوا بين اعتبارِ موضِعِ الذّبحِ في نحوِ دَمِ التّمتُّعِ وفي الكفّارةِ العدمُ مُطلَقًا بأنّ في بَدَلِ الدّمِ تأقيتًا بكونِه في الحجِّ ولا تأقيتَ فيها وبأنّه يختصُّ ذَبحُه بالحرَمِ بخلافِها وهذا صريحٌ فيما ذكرْتُه من الفرقِ ولا يلزمُه كما في الكافي شراءُ أمةٍ بارِعةِ الحُسنِ تُباعُ بالوزْنِ لِخُروجِها عن أبناءِ الزّمانِ اهـ.

وفيه نَظَرٌ؛ لأنها حيثُ بيعَتْ بثمنِ مثلِها فاضِلةً عَمّا ذكرَ لا عُذْرَ له في التّركِ وقد ذكرَ الأذرَعيُّ في نحوِ المِحَفة في الحجِّ نظيرَ ذلك ورَدَدْتُه عليه في الحاشيةِ وغيرِها. (وأظهرُ الأقوالِ اعتبارُ اليسارِ) الذي يلزمُ به الإعتاقُ (بوقت الأداءِ) للكفّارةِ؛ لأنها عبادةٌ لها بَدَلٌ من غيرِ جنسِها كوُضوءٍ وتيَمُّمٍ وقيامِ صلاةٍ وقُعودِها فاعتُبِرَ وقتُ أدائِها وغلب الثاني شائِبةُ العُقوبةِ فاعتُبِرَ وقتُ الوجوبِ كما لو زَنَى قِنٌّ ثمّ عَتَقَ فإنّه يُحدُّ حَدَّ القِنِّ والثالِثُ الأغلَظُ من الوجوبِ إلى الأداءِ والرّابعُ الأغلَظُ منهما وأعرَضَ عَمّا بينهما. (فإنْ عَجزَ) المُظاهِرُ مثلًا (عن عتقٍ) بأنْ لم يَجِد الرّقَبةَ وقتَ الأداءِ ولا ما يَصرِفُه فيها فاضِلًا

صامَ شَهْرَيْنِ مُتتابِعَيْنِ بالهِلالِ بنيّةِ كَفّارةٍ، ولا يُشْتَرَطُ نيّةُ التّتابُعِ في الأَصَحِّ، فإنْ بَدأ في أثْناءِ شَهْرٍ حُسِبَ الشّهْرُ بعده بالهِلالِ وأَتَمَّ الأوّلَ مِن الثّالِثِ ثَلاثينَ، ويَفوتُ التّتابُعُ بفَواتِ يَوْمٍ بلا عُذْرٍ وكذا بمَرَضٍ في الجديدِ، لا بحَيْضٍ وكذا جُنونٌ ....

عَمّا ذكرَ أو وجدها لَكِنّه قتَلها مثلاً أو كان عبدًا إذْ لا يُكفِّرُ إلا بالصوم؛ لأنّه لا يملكُ وليس لِسيِّدِه تَحْليلُه هنا وإنْ أضرَّه الصومُ لِتَضرُّرِه بدَوامِ تَحْريمِ الوطءِ بخلافِ نحوِ كفّارةِ القتلِ (صامَ) وله حينئذٍ تَكلُّفُ العتقِ خلافًا لِما توهِمُه عبارَتُه على ما زعمَه الزّركشيُّ (شهرين مُتَتابِعَين) للآيةِ ولو بانَ بعدَ صومِهِما أنّ له مالاً ورِثَه ولم يكن عالِمًا به لم يُعْتَدَّ بصومِه على الأوجَه اعتبارًا بما في نفسِ الأمرِ ويُعْتَبَرانِ (بالهِلالِ) وإنْ نَقَصا؛ لأنّه المعتبَرُ شرعًا ويجبُ تبييتُ نيّةِ الصوم كلَّ ليلةٍ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ في الصومِ وأنْ تكون تلك النّيّةُ واقعةً بعدَ فقْدِ الرّقَبةِ لا قبلها وأنْ تكون مُلْتَبِسةً (بنيّةِ كفّارةٍ) في كلِّ ليلةٍ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ وإنْ لم يُعَيِّنْ جهتَها فلو صامَ أربَعةَ أشهرٍ بنيَّتِها وعليه كفّارَتا قتلٍ وظهارٍ ولم يُعَيِّنْ أجزَأتْه عنهما ما لم يَجْعَلِ الأوّلَ عن واحدةٍ والثانيَ عن أخرى وهَكذا لِفَوات التّتابُعِ وبه فارَقَ نظيرَه السّابِقَ في العيدَين.

(ولا يُشْتَرَطُ نيةُ التّتابُعِ في الأصحِّ)؛ لأنّه شرطٌ وهو لا تجبُ نيّتُه كالاستقبالِ في الصّلاةِ واستُفيدَ من مُتَتابِعَين ما بأصلِه أنّه لو ابتَدَأهما عالِمًا طُروُّ ما يقطعُه كيوم النّحْرِ أي أو جاهِلاً فيما يظهرُ لم يُعْتَدَّ بما أتَى به ولكن يقعُ له نفلاً أي في صورةِ الجهْلِ التي ذكرْتها لا العلمَ الذي ذكروه؛ ولأنّ نيّته لِصومِ الكفّارةِ مع علمِه بطُروِّ ما يُبْطِلُه تَلاعُبٌ فهو كالإحرامِ بالظّهْرِ قبلَ وقتِها مع العلمِ بذلك فإنْ قُلْتَ ظاهرُ كلامِهم صحّةُ نيّته بل وجوبُها في رَمَضانَ وإنْ عُلِمَ بخبرِ معصوم موتُه أثناءَ يوم وهذا كانعِقادِ صلاةِ مَنْ علم انقضاءَ مُدّةِ الخُفِّ فيها يُؤَيِّدُ ما أطلقوه هنا قُلْت لا يُؤَيِّدُه؛ لأنّ الموتَ ليس رافِعًا لِلتّكْليفِ قبله فالنّيّةُ مع العلمِ به جازِمةٌ كالانقضاءِ المذكورِ بخلافِ تَخَلُّلِ يوم النّحْرِ مثلاً هنا نعم، إنْ قيلَ بوجوبِ التّبْييت مع علمِها بخبرِه بطُروِّ نحوِ حيضٍ أثناءَ اليوم أيّدَ ذلك بلا شَكٍّ.

(فإنْ بَدَأ في أثناءِ شهرٍ حُسِبَ الشّهْرُ بعدَه بالهِلالِ) لِتمامِه (وأتَمَّ الأوّلَ من الثالِثِ ثلاثين) لِتعذُّرِ اعتبارِ الهِلالِ فيه بتَلَفُّقِه من شهرَين (ويَزولُ التتابُعُ بفَوات يوم) من الشّهْرَين ولو آخِرَهما (بلا عُذْرٍ) كأنْ نَسيَ النّيّةَ لِنِسبَتِه لِنَوْعِ تقصيرٍ (وكذا) بعُذْرٍ يُمْكِنُ معه الصومُ كسَفَرٍ مُبيحٍ للفطرِ وخوفِ حامِلٍ أو مُرْضِعٍ و (مَرَضٍ في الجديدِ) لإمكانِ الصوم مع ذلك في الجُمْلةِ فهو كفطرِ مَنْ أجهَدَه الصومُ (لا) بفَوات يوم فأكثرَ في كفّارةِ القتلِ إذْ كلامُه يُفيدُ أنّ غيرَ كفّارةِ الظّهارِ مثلُها فيما ذكرَ ويُتَصَوَّرُ أيضًا في كفّارةِ الظّهارِ بأنْ تَصومَ امرأةٌ عن مُظاهرٍ مَيِّتٍ قريبٍ لها أو بإذْنِ قريبه أو بوَصيَّته (بحيضٍ) مِمَّنْ لم تعتَد انقطاعَه شهرَين؛ لأنّه لا يخلو منه شهرٌ غالِبًا وتَكْليفُها الصّبْرَ لَسِنِّ اليأسِ خطرٌ أمّا إذا اعتادَتْ ذلك فشُرِعَتْ في وقتٍ يتخَلّلُه الحيضُ فإنّه لا يُجْزِئُ لكن يُشْكِلُ عليه إلحاقُهم النّفاسَ بالحيضِ إلا أنْ يُفَرَّقَ بأنّ العادةَ في مَجيءِ الحيضِ أضْبَطُ منها في مَجيءِ النّفاسِ (وكذا جُنونٌ) فاتَ به يومٌ فأكثرُ لا يَضُرُّ في

على المذْهَبِ. فإنْ عَجزَ عن صَوْمٍ بهَرَمٍ أو مَرَضٍ، قال الأكْثرونَ: لا يُرْجَى زَوالُه أو لَحِقَه بالصَّوْمِ مَشَقّةٌ شَديدةٌ أو خافَ زيادةَ مَرَضٍ كَفَّرَ بإطْعامِ سِتّينَ مِسْكينًا أو فَقيرًا لا كافِرًا، ولا هاشِميًّا، ومُطَّلِبيًّا سِتّينَ مُدًّا، مِمّا يكون فِطْرةً.

التّتابُع (على المذهبِ) إذْ لا اختيارَ له فيه نعم، إنْ تَقَطَّعَ جاءَ فيه تفصيلُ الحيضِ ويُؤْخَذُ من العِلّةِ أنّه لو اختارَه بشُرْبِ دَواءٍ يُجَنِّنُ ليلاً انقطَعَ وهو مَقيسٌ وهل استعجالُ الحيضِ بدَواءٍ كذلك أو يُفَرَّقُ كلٌّ مُحْتَمَلٌ والفرقُ أقرَبُ؛ لأنّ الحيضَ يُعْهَدُ كثيرًا تَقَدُّمُه وتأخُّرُه عن وقته فلم تُمْكِنْ نِسبةُ مَجيئِه لاختيارِها كما في الجُنونِ الذي لا يترَتَّبُ عُرْفًا في مثلِ ذلك إلا على فعلِها ومثلُه الإغْماءُ المُبْطِلُ لِلصَّوْمِ وقبلُ كالمرَضِ وانتصر له الأذرَعيُّ وأطالَ.

(فإنْ عَجزَ عن الصوم) أو تَتابُعِه (بهَرَمٍ أو مَرَضٍ) عَطْفُ عامٍّ على خاصٍّ على ما قيلَ وإنّما يُتَّجه بناءً على تَسميةِ الهرَمِ مَرَضًا وهو ما صرّح به الأطِبّاءُ ومقتضى كلامِ الفُقَهاءِ وأهلِ العُرْفِ أنّ الهرَمَ قد لا يُسَمَّى مَرَضًا (قالَ الأكثرون ولا يُرْجَى زَوالُه) وقال الأقلّون كالإمام ومَنْ تَبِعَه وصَحّحَه في الروضةِ يُعْتَبَرُ دَوامُه في ظَنِّه مُدّةَ شهرَين بالعادةِ الغالِبةِ في مثلِه أو بقولِ الأطِبّاءِ ويظهرُ الاكتفاءُ بقولِ عَدْلٍ منهم (أو لَحِقَه بالصوم) أو تُتابِعُه (مَشَقة شَديدةٌ) أي لا تُحْتَمَلُ عادةً وإنْ لم تُبِح التّيَمُّمَ فيما يظهرُ ويُؤَيِّدُه تمثيلُهم لها بالشّبَقِ، نعم، غلبةُ الجوعِ ليستْ عُذْرًا ابتداءً لِفَقْدِه حينئذٍ فيلزمُه الشُّروعُ في الصوم فإذا عَجزَ عنه أفْطَرَ وانتقَلَ للإطعام بخلافِ الشّبَقِ لِوجودِه عندَ الشُّروعِ إذْ هو شِدّةُ الغِلْمةِ وإنّما لَم يكن عُذْرًا في صومِ رَمَضانَ؛ لأنّه لا بَدَلَ له (أو خافَ زيادةَ مَرَضٍ كفَّرَ) في غيرِ القتلِ لِما يأتي (بإطعام) أي تمليكٍ وآثَرَ الأوّلَ؛ لأنه لفظُ القرآنِ فحَسبُ إذْ لا يُجْزِئُ حَقيقة إطعامِهم. وقياسُ الزّكاةِ الاكتفاءُ بالدفعِ وإنْ لم يوجَدْ لفظُ تمليكٍ، واقتضاءُ الروضةِ اشتراطَه استبعده الأذرَعيُّ على أنّها لا تقتَضي ذلك؛ لأنّها مفروضةٌ في صورةٍ خاصّةٍ كما يُعْرَفُ بتأمُّلِها (سِتّين مِسكينًا) للآيةِ لا أقلَّ حتى لو دَفع لِواحدٍ سِتّين مُدًّا في سِتّين يومًا لم يَجُزْ بخلافِ ما لو جَمع السّتّين ووَضعَ الطّعامَ بين أيديهم وقال مَلَّكْتُكُم هذا وإنْ لم يَقُلْ بالسّويّةِ فقَبِلوه ولَهم في هذه القِسمةِ بالتّفاوُت بخلافِ ما لو قال خُذوه ونَوَى الكفّارةَ فإنّه إنّما يُجزِئُه إنْ أخذوه بالسّويّةِ وإلا لم يُجْزِئْ إلا من أخذَ مُدًّا لا دونَه ويُفَرَّقُ بين هذه وتلك بأنّ المُمَلِّك ثَمَّ القبولُ الواقعُ به التّساوي قبلَ الأخذِ وهنا لا مُمَلِّك إلا الأخذُ فاشتُرِطَ التّساوي فيه (أو فقيرًا)؛ لأنّه أسوأُ حالاً أو البعضُ فُقراءَ والبعضُ مَساكين ولا أثَرَ لِقُدْرَته على صومٍ أو عتقٍ بعدَ الإطعامِ ولو لِمُدٍّ كما لو شَرَعَ في صومِ يومٍ من الشّهْرَين فقَدَرَ على العتقِ (لا كافِرًا) ولا مَنْ تَلْزَمُه مُؤْنَتُه ولا مَكفيًّا بنفقةِ غيرِه ولا قِنًّا ولو للغيرِ إلّا بإذْنِه وهو مُستَحِقٌّ؛ لأنّ الدفعَ له حَقيقة (ولا هاشميًّا ومُطَّلِبيًّا) ونحوَهم كالزّكاةِ بجامِعِ التّطْهيرِ (سِتّين مُدًّا) لِكلِّ واحدٍ مُدٌّ؛ لأنّه صَحَّ في رِوايةٍ وصَحَّ في أخرى سِتّون صاعًا وهي محمولةٌ على بَيانِ الجوازِ الصّادِقِ بالنّدْبِ لِتعذُّرِ النّسخِ فتعيَّنَ الجمعُ بما ذكرَ. وإنّما يُجْزِئُ الإخراجُ هنا (مِمّا) أي من طَعامِ (يكونُ فطرة) بأنْ يكون من

غالِبِ قوت مَحَلِّ المُكفِّرِ في غالِبِ السّنةِ كالأقِطِ ولو للبَلَديِّ فلا يُجْزِئُ نحوُ دَقيقٍ مِمّا مَرَّ ثَمَّ، نعم، اللّبَنُ يُجْزِئُ ثَمَّ لا هنا على ما وقَعَ للمُصَنِّفِ في تصحيحِ التنبيه لَكِنّ المعتمدَ لا فرقَ ويظهرُ أنّ المُرادَ بالمُكفِّرِ هنا المُخاطَبُ بالكفّارةِ لا مأذونُه أو وليُّه ليوافِقَ ما مَرَّ ثم إنّ العبرةَ ببَلَدِ المُؤَدَّى عنه لا المُؤَدّي فإنْ عَجَزَ عن الجميعِ استَقَرَّتْ في ذِمَّته فإذا قدَرَ على خَصْلةٍ فعلها كما يُعْلَمُ مِمّا قدَّمَه في الصوم ولا أثَرَ للقُدْرةِ على بعضِ عتقٍ أو صومٍ بخلافِ بعضِ الطّعامِ ولو بعضَ مُدٍّ إذْ لا بَدَلَ له فيُخْرِجُه ثمّ الباقي إذا أيسَرَ.



بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب اللّعان

يَسْبِقُه قَذْفٌ وصَريحُه الزّنا كَقولِه لِرَجُلٍ أو امرأةٍ: زَنَيْتَ أو زَنَيْتِ أو يا زاني أو يا زانيةُ، والرّميُ بإيلاجِ حَشَفةٍ في فَرْجٍ مع وصْفِه بتَحْريمٍ ....

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ اللِّعانِ

هو لُغةً مَصْدَرٌ أو جمعُ لَعْنٍ الإبعادُ وشرعًا كلِماتٌ تأتي جُعِلَتْ حُجّةً لِمَنِ اضْطُرَّ لِقذفِ مَنْ لَطَّخَ فِراشَه وألحَقَ العارَ به أو لِنفيِ ولَدٍ عنه سُمّيَتْ بذلك لاشتمالِها على إبعادِ الكاذِبِ منهما عن الرّحْمةِ وإبعادِ كلٍّ عن الآخرِ وجُعِلَتْ في جانِبِ المُدَّعي مع إنّها أيمانٌ على الأصحِّ رُخْصةً لِعُسرِ البيّنةِ بزِناها وصيانةً للأنسابِ عن الاختلاطِ ولم يختر لفظَ الغضَبِ المذكورِ معه في الآيةِ؛ لأنّه المُقَدَّمُ فيها كالواقعِ ولأنّه قد ينفَرِدُ لِعانُه عن لِعانِها ولا عكسَ وأصلُه قبلَ الإجماعِ أوائِلُ سورةِ النّورِ مع الأحاديثِ الصّحيحةِ فيه ولِكونِه حُجّةً ضَروريّةً لِدَفْعِ الحدِّ أو لِنفيِ الولدِ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ تَوَقَّفَ على أنّه (يسبِقُه قذفٌ) بمُعْجَمةٍ أو نفيُ ولَدٍ؛ لأنّه تعالى ذكرَه بعدَ القذفِ وهذا أعني القذفَ من حيثُ هو لُغةً الرّمْيُ وشرعًا الرّمْيُ بالزّنا تعييرًا ولم يذكرْه في التّرجَمةِ؛ لأنّه وسيلةٌ لا مقصودٌ كما تقرّر ثمّ رأيتُ الزّركشيَّ أجابَ بنحوِ ذلك (وصريحُه الزّنا كقولِه) في معرَضِ التعييرِ (لِرجلٍ أو امرأةٍ) أو خُنثَى (زَنَيتَ) بفتحِ التّاءِ في الكلِّ (أو زَنَيتِ) بكسرِها في الكلِّ (أو) قولُه لأحَدِهما (يا زاني أو يا زانيةُ) لِتَكرُّرِ ذلك وشهرته واللّحْنُ بتَذْكيرِ المُؤنّثِ وعكسِه غيرُ مُؤثّرٍ فيه بخلافِ ما لا يُفْهَمُ منه تعييرٌ ولا يُقْصَدُ به بأنْ قطَعَ بكذِبه كقولِه ذلك لِبنت سنةٍ أو شَهِدَ عليه به نِصابٌ أو جرَحَه به لِتُرَدَّ شهادتُه أو قال مَشهودٌ عليه خَصْمي يعلَمُ زِنا شاهِدِه أو أخبَرَني أنّه زانٍ فلْيحلِفْ أنّه لا يعلَمُه فلا يكونُ قذفًا نعم، يُعَزَّرُ في الأولى للإيذاءِ وإذْنُه في القذفِ يرفَعُ حَدَّه لا إثمَه، نعم، إنْ ظَنّه مُبيحًا وعُذِرَ بجَهْلِه فلا إثمَ ولا تعزيرَ فيما يظهرُ.

(فرع): قال لاثنين زَنَى أحدُكُما أو لِثلاثةٍ قال الزّركشيُّ لم يَتعرَّضوا له ويظهرُ أنّه قاذِفٌ لِواحدٍ ولِكلٍّ أنْ يَدَّعيَ عليه أنّه أرادَه على قياسِ ما لو قال لأحَدِ هَؤُلاءِ الثلاثةِ عليَّ ألفٌ يصحُّ الإقرارُ ولِكلٍّ منهم أنْ يَدَّعيَ ويَفْصِلَ الخُصومةَ اهـ وهو ظاهرٌ نعم، لو ادَّعَى اثنانِ وحَلَفَ لهما انحَصَرَ الحقُّ لِلثّالثِ فيُحَدُّ له من غيرِ يَمينٍ على أحدِ احتمالينِ قدَّمْتُه أوائِلَ الإقرارِ في مسألَته التي قاسَ عليها.

(والرّمْيُ بإيلاجِ حَشَفة) أو قدرِها من فاقِدِها (في فرج) أو بما رُكِّبَ من ن ي ك (مع وصْفِه) أي الإيلاجِ أو النّيْكِ (بتَحريمٍ) سواءٌ أقاله لِرجلٍ أم غيرِه كأولَجْتُ في فرجٍ مُحرَّمٍ أو أولَجَ في فرجِكِ أو

أو دُبُرٍ صَريحانِ، وزَنأت في الجبلِ كِنايةٌ، وكذا زَنأت فَقَطْ في الأَصَحِّ، وزَنَيْت في الجبلِ صَريحٌ في الأَصَحِّ، وقولُه يا فاجِرُ يا فاسِقُ، ولها يا خَبيثةُ، وأنْتِ تُحِبّينَ الخلْوةَ، ولِقُرَشيٍّ: يا نَبَطيُّ، ولِزَوْجَتِه لم أجِدْك عَذْراءَ ....

عَلوتَ على رجلٍ فدخل ذكرُه في فرجِك مع ذِكْرِ التحريم (أو) الرَّمْيُ بإيلاجِها في (دُبُرٍ) لِذكرٍ أو خُنثَى وإنْ لم يذكرْ تَحْريمًا (صريحانِ) أي كلٌّ منهما صريحٌ؛ لأنّ ذلك لا يقبَلُ تأويلًا واحتيجَ لِوَصْفِ الأوّلِ بالتحريمِ أي لِذاته احترازًا من تَحْريم نحوِ الحائِضِ فيُصَدَّقُ في إرادَته بيَمينِه؛ لأنّ إيلاجَ الحشَفة في الفرجِ قد يَحِلُّ وقد لا بخلافِها في الدُّبُرِ فإنّه لا يَحِلُّ بحالٍ ومن ثَمَّ صَوَّبَ ابنُ الرِّفعةِ وغيرُه أنّه لا بُدَّ أنْ ينضَمَّ للوَصْفِ بالتحريمِ ما يقتضي الزِّنا وما يوافِقُه تقييدُ البغَويّ وغيرِه لُطْتَ أو لاطَ بك فُلانٌ بالاختيارِ قيلَ ويأتي مثلُه في صورةِ الرَّمْيِ بالزِّنا ولا يُغْني عنه قيْدُ التحريم؛ لأنّ الإكْراهَ لا يُبيحُ الزِّنا وقد يُقالُ لا حاجةَ إليه فإنّه وإنْ لم يَحِلَّ لا يوصَفُ بالتحريمِ كوَطْءِ الشُّبْهةِ اهـ.

وفيه نَظَرٌ والذي يَتَّجه أنّ نحوَ الزِّنا واللِّواطِ لا يحتاجُ للوَصْفِ بتَحْريمٍ ولا اختيارٍ ولا عدمِ شُبهةٍ؛ لأنّ موضوعَه يُفْهِمُ ذلك ويُؤَيِّدُه ما يأتي في زَنَيْتُ بكِ وفي يا لوطيُّ بخلافِ نحوِ النَّيْكِ، وإيلاجُ الحشَفة في الفرجِ لا بُدَّ فيه من الثلاثةِ أمّا الرَّمْيُ بإيلاجِها في دُبُرِ امرأةٍ خَليّةٍ فهي كالذَّكرِ أو مُزَوَّجةٍ فينبغي اشتراطُ وصْفِه بنحوِ اللِّياطةِ ليخرُجَ وطْءُ الزوجِ فيه فإنّ الظّاهرَ أنّ الرَّمْيَ به غيرُ قذفٍ بل فيه التعزيرُ؛ لأنّه لا يُسَمَّى زِنًا ولا لياطةً كما هو واضِحٌ وعلى هذا التّفْصيلِ يُحْمَلُ إطلاقُ مَنْ قال لا فرقَ في قولِه أو دُبُرٍ بين أنْ يُخاطِبَ به رجلًا أو امرأةً كأولَجْتَ في دُبُرٍ أو أولِجَ في دُبُرِك اهـ.

ويُقْبَلُ على الأوجَه قولُه بيَمينِه أرَدْتُ بإيلاجِه في الدُّبُرِ إيلاجَه في دُبُرِ زوجَته كما عُلِمَ مِمّا قرَّرْتُه فيُعَزَّرُ ويا لوطيُّ صريحٌ وكذا مُخَنَّثٌ على ما أفتى به ابنُ عبدِ السّلامِ للعُرْفِ وذكرَ ابنُ القطّانِ في بغاءٍ وقَحْبةٍ أنّهما كِنايَتانِ ومقتضى كلام الروضةِ آخِرَ الطّلاقِ أنّ الثانيَ صريحٌ وبه أفتى ابنُ عبدِ السّلام للعُرْفِ أيضًا. (وزَنَأت) بالهمزِ وكذا بألِفٍ بلا همزٍ على أحدِ وجهَين (في الجبَلِ) أو في بيتٍ وله دَرَجٌ (كِنايةٌ)؛ لأنّه معنى الصُّعودِ فيه فإنْ لم يكن له دَرَجٌ فصريحٌ (وكذا زَنَأت) بالهمزِ (فقط) أي من غيرِ ذِكْرِ جَبَلٍ ولا غيرِه كِنايةٌ (في الأصحِّ)؛ لأنّ ظاهرَه الصُّعودُ (وزَنَيت) بالياءِ (في الجبَلِ صريحٌ في الأصحِّ) لِظُهورِه فيه وذِكْرُ الجبَلِ لِبيانِ مَحَلِّه فلا يَصْرِفُه عن ظاهرِه وإنابةُ الياءِ عن الهمزِ خلافُ الأصلِ ويا زانيةُ في الجبَلِ في الروضةِ عن النّصِّ أنّه كِنايةٌ وعليه يُفَرَّقُ بأنّ النّداءَ يُستعمَلُ كذلك كثيرًا في الصُّعودِ بخلافِ زَنَيْت فيه بالياءِ.

(وقولُه) لِلرَّجُلِ (يا فاجِرُ يا فاسِقُ) يا خَبيثُ (ولها) أي المرأةِ (يا خَبيثةُ) يا فاجِرةُ يا فاسِقة (وأنت تُحِبّين الخلْوةَ، ولِقُرَشيٍّ) أو عربيٍّ (يا نَبَطيُّ) وعكسُه والأنباطُ قوْمٌ ينزلون البطائِحَ بين العِراقَين سُمّوا بذلك لاستنباطِهم أي إخراجِهم الماءَ من الأرضِ (ولِزوجَته لم أجِدْك عَذْراءَ) بالمُعْجَمةِ أي بكْرًا ولأجنبيّةٍ لم يَجِدْكِ زوجُكِ أو لم أجِدْكَ عَذْراءَ ولم يتقدَّم لِواحدةٍ منهما افْتضاضٌ مُباحٌ ولإحداهما

كِنايةٌ، فإنْ أنْكَرَ إرادةَ قَذْفٍ صُدِّقَ بيَمينِه، وقولُه يا ابنَ الحلالِ، وأمّا أنا فَلَسْت بزانٍ، ونَحْوِه تَعْريضٌ ليس بقَذْفٍ وإنْ نَواه، وقولُه زَنَيْت بكَ إقْرارٌ بزِنًا وقَذْفٍ، ....

وجَدْتُ معكِ رجلاً وقولُه لِمَنْ قذَفَ زوجَتَه صَدَقْتَ على الأوجَه (كِنايةٌ) لاحتمالِها القذفَ وغيرَه وهو في الثالثةِ لامُ المُخاطَبِ إذْ نَسَبُه لِغيرِ مَنْ يُنْسَبُ إليه ويُحْتَمَلُ أنْ يُريدَ أنّه لا يُشْبِهُهم خَلْقًا وخُلُقًا أمّا إذا تَقَدَّمَ لها ذلك فليس كِنايةً.

(فإنْ أنكر) مُتَكلِّمٌ بكِنايةٍ في هذا البابِ (إرادةَ قذفٍ صُدِّقَ بيَمينِه) أنّه ما أرادَ قذفَه؛ لأنّه أعرَفُ بمُرادِه ويُعَزَّرُ للإيذاءِ وإنْ لم يُرِدْ سبًّا ولا ذَمًّا لأنّ لفظَه يوهِمُ ولا يَجوزُ له الحلِفُ كاذِبًا دَفْعًا للحَدِّ لكن بحث الأذرَعيُّ جوازَ التوريةِ وإنْ حَلَّفَه الحاكِمُ إذا عُلِمَ زِناه قال بل يقرَبُ إيجابُها إذا علم أنّه يُحَدُّ وتبطُلُ عدالَتُه وروايَتُه وما تَحمِلُه من الشّهادات.

(وقولُه) لِآخرِ (يا ابنَ الحلالِ وأمّا أنا فلَست بزانٍ ونحوِه) كأُمّي ليستْ بزانيةٍ وأنا لَست بلائِطٍ ولا مُلَوَّطٍ بي (تعريضٌ ليس بقذفٍ وإنْ نَواه)؛ لأنّ اللّفْظَ إذا لم يُشْعِرْ بالمنويِّ لم تُؤَثِّرِ النّيّةُ فيه وفَهْمُ ذلك منه هنا إنّما هو بقَرائِنِ الأحوالِ وهي مُلْغاةٌ لاحتمالِها وتعارُضِها ومن ثَمَّ لم يُلْحِقوا التعريضَ بالخِطْبةِ بصريحِها وإنْ تَوَفَّرَت القرائِنُ على ذلك وبه يُرَدُّ انتصارُ جمعٍ لِقَطْعِ العِراقيّين بأنّ ذلك كِنايةٌ وبِما تقرّر عُلِمَ الفرقُ بين الثلاثةِ هنا وهو أنّ كلَّ لفظٍ يُقْصَدُ به القذفُ إنْ لم يُحْتَمَلْ غيرُه فصريحٌ وإلا فإنْ فُهِمَ منه القذفُ بوَضْعِه فكِنايةٌ وإلا فتعريضٌ كذا قاله شيخُنا في شرحِ مَنْهَجِه وفي جَعْلِه قصْدَ القذفِ به مقسَمًا لِلثَّلاثةِ إيهامُ اشتراطِ ذلك في الصّريحِ وأنّ الكِنايةَ يُفْهَمُ من وضْعِها القذفُ دائِمًا وإنّها والتعريضُ يُقْصَدُ بهما ذلك دائِمًا وليس كذلك في الكلِّ فالأحسَنُ الفرقُ بأنّ ما لم يُحْتَمَلْ غيرَ ما وُضِعَ له من القذفِ وحدَه صريحٌ وما احتَمَلَ وضْعًا القذفَ وغيرَه كِنايةٌ وما استُعْمِلَ في غيرِ موضوعِ له من القذفِ بالكلّيّةِ وإنّما يُفْهَمُ المقصودُ منه بالقرائِنِ تعريضٌ.

(وقولُه) لِرجلٍ أو امرأةٍ زوجةٍ أو أجنَبيّةٍ وقولُها لِرجلٍ زوجٍ أو أجنَبيٍّ (زَنَيتُ بكِ) ولم يُعْهَدْ بينهما زوجيّةٌ مُستَمِرّةٌ من حينِ صِغَرِه إلى حينِ قولِه ذلك (إقرارٌ بزِنًا) على نفسِه لإسنادِه الفعلَ له ومَحَلُّه إنْ قال أرَدْت الزّنا الشرعيَّ؛ لأنّ الأصحَّ اشتراطُ التّفْصيلِ في الإقرارِ (وقذفٍ) للمَقولِ له لِقولِه بكِ وخالف فيه الإمامُ لاحتمالِ كونِ المُخاطَبِ مُكْرَهًا أو نائِمًا وقد يُجابُ بأنّ المُتَبادِرَ من لفظه أنّه يُشارِكُه في الزّنا وهو ينفي احتمالَ ذلك ويُفَرَّقُ بينه وبين ما أَيَّدَ به الرّافِعيُّ البحثَ بعدَ أنْ قوّاه وتَبِعَه الزّركشيُّ من قولِهم أنّ زَنَيْتُ مع فُلانٍ قذفٌ لها دونَه بأنّ الباءَ في بك تقتَضي الآليّةَ المُشْعِرةَ بأنّ لِمَدْخولِها تأثيرًا مع الفاعِلِ في إيجادِ الفعلِ ككتبتُ بالقلَم بخلافِ المعيّةِ فإنّها إنّما تقتَضي مُجَرَّدَ المُصاحَبةِ وهي لا تُشْعِرُ بذلك فتأمّلْه ثمّ رأيت الغزاليَّ أجابَ عن البحثِ وتَبِعَه ابنُ عبدِ السّلام بأنّ إطلاقَ هذا اللّفْظِ يحصُلُ به الإيذاءُ التّامُّ لِتَبادُرِ الفهْمِ منه إلى صُدورِه عن طَواعيَته وإن احتَمَلَ غيرَه ولِذا حُدَّ بلفظِ الزّنا مع احتمالِه زِنا نحوِ العينِ وهو صريحٌ فيما أجَبْتُ به وليس فيه تعرُّضٌ للفرقِ

ولو قال لِزَوْجَتِه: يا زانيةُ، فقالتْ: زَنَيْت بك، أو أنْت أزْنَى مِنّي فَقاذِفٌ وكانيةٌ، فلو قالتْ: زَنَيْت وأنْتَ أزْنَى مِنّي فَمُقِرّةٌ وقاذِفةٌ، وقولُه: زَنَى فَرْجُك أو ذَكَرُك قَذْفٌ، والمذْهَبُ أنّ قوله يَدُك وعَيْنُك، ولِوَلَدِه لَسْت مِنّي أو لَسْت ابني كِنايةٌ، ....

الذي ذكرْتُه، (ولو قال لِزوجَته يا زانيةُ) أو أنت زانيةٌ (فقالتْ) في جوابه (زَنَيْتُ بك أو أنتَ أزْنَى مِنّي فقاذِفٌ) لِصَراحةِ لفظه فيه (وكانيةٌ) لاحتمالِ قولِها الأوّلَ لم أفْعَلْ كما لم تفعَلْ وهذا مُستعمَلٌ عُرْفًا ويُحْتَمَلُ أنْ تُريدَ إثباتَ زِناها فتكون مُقِرّةً به وقاذِفة له فيسقُطُ بإقرارِها حَدُّ القذفِ عنه ويُعَزَّرُ والثاني ما وطِئَني غيرُك ووَطْؤُك مُباحٌ فإنْ كُنْتُ زانيةً فأنتَ أزْنَى مِنّي لأنّي مُمَكّنةٌ وأنتَ فاعِلٌ، ولِكونِ هذا المعنى مُحْتَمَلًا منه لم يكن ذلك منها إقرارًا بالزّنا وإن استَشْكله البُلْقينيُّ ويُحْتَمَلُ أنْ تُريدَ إثباتَ الزّنا فتكون قاذِفة فقط والمعنى أنتَ زانٍ وزِناك أكثرُ مِمّا نَسَبْتني إليه وتُصَدَّقُ في إرادةِ شيءٍ مِمّا ذُكِرَ بيَمينِها (فلو قالتْ) في جوابه وكذا ابتداءً (زَنَيْتُ بك وأنتَ أزْنَى مِنّي فمُقِرّةٌ) بالزّنا على نفسِها (وقاذِفة) له كما هو صريحُ لفظِها ويسقُطُ بإقرارِها حَدُّ القذفِ عنه ويُقاسُ بذلك قولُها لِزوجِها يا زاني فقال زَنَيْتُ بكِ أو أنت أزْنَى مِنّي فهي قاذِفة صريحًا وهو كذلك أو زَنَيْت أو أنت أزْنَى مِنّي فمُقِرٌّ وقاذِفٌ ويَجْري نحوُ ذلك في أجنَبيٍّ أو أجنَبيّةٍ قالا ذلك على ما مالَ إليه الشيخانِ بعدَ أنْ نَقَلا عن البغَويّ أنّها مُقِرّةٌ لِتأتّي الاحتمالِ السّابِقِ في زَنَيْت بك هنا ولاحتمالِ أنْ يُريدَ أنت أهدَى إلى الزّنا مِنّي وقولُ واحِدٍ لِآخرَ ابتداءً أنتَ أزْنَى مِنّي أو من فُلانٍ ولم يَقُلْ وهو زانٍ ولا ثَبَتَ زِناه وعلمُه ليس بقذفٍ إلا أنْ يُريدَه وليس بإقرارٍ به؛ لأنّ النّاسَ في تَشاتُمِهم لا يتقَيَّدون بالوضعِ الأصليّ على أنّ أفْعَلَ قد يَجيءُ لِغيرِ الاشتراكِ وقولُه أنتَ أزْنَى النّاسِ أو أهلِ بَغْدادَ مثلًا غيرُ قذفٍ إلا إنْ قال من زُناتهم أو أرادَه ولا فرقَ في كلِّ ذلك بين أنْ يعلَمَ المُخاطَبُ حالَ قولِه ذلك أنّ المُخاطَبَ زوجٌ أو غيرُه كما اقتضاه إطلاقُهم خلافًا للجوَيْنيِّ.

(وقولُه) لِواضِحٍ (زَنَى فرجُك أو ذكرُك) أو قُبُلُك أو دُبُرُك ولِخُنْثَى زَنَى ذكرُك وفرجُك بخلافِ ما لو اقتصَرَ على أحدِهما فإنّه كِنايةٌ (قذفٌ) لِذِكْرِه آلةَ الوطءِ أو مَحَلَّه وكذا زَنَيْت في قُبُلِك لامرأةٍ لا رجلٍ فإنّه كِنايةٌ؛ لأنّ زِناه بقُبُلِها لا فيه ويُؤْخَذُ منه أنّه لو قال لها زَنَيْت بقُبُلِك كان كِنايةً إلا أنْ يُفَرَّقَ بأنّ زِناها قد يكونُ بقُبُلِها بأنْ تكون هي الفاعِلةُ لِطُلوعِها عليه.

(والمذهبُ أنّ قوله) زَنَى (يَدُك أو عَينُك) أو رِجْلُك (ولِوَلَدِه) أي كلِّ مَنْ له وِلادةٌ عليه وإنْ سفَلَ كما هو ظاهرٌ أنتَ ولَدُ زِنًا كان قاذِفًا لأُمِّه أو (لَستَ مِنّي أو لَستَ ابني) أو لأخيه لَست أخي كما بحثه الزّركشيُّ (كِنايةٌ) لاحتمالِه وفي الخبرِ الصّحيحِ إطلاقُ الزّنا على نَظَرِ العين ونحوِه ومن ثَمّ لو قال زَنَتْ يَدَيْ ونحوُه لم يكن مُقِرًّا بالزّنا قطعًا ويُؤْخَذُ من هذا القطعِ وحِكايةِ الخلافِ في زَنَتْ يَدُك صِحّةُ قولِ القموليِّ لو قال زَنَى بَدَنُك فصريحٌ أو زَنَى بَدَني لم يكن إقرارًا بالزّنا انتهى ويوَجّه بأنّه يُحْتاطُ لِحَدِّ الزّنا لِكونِه حَقًّا لِلّه ما لا يُحْتاطُ لِحَدِّ القذفِ لِكونِه حَقَّ آدَميٍّ ومن ثَمّ سقَطَ بالرُّجوعِ ذاك لا هذا

وَلِوَلَدِ غيرِه لَسْت ابنَ فُلانٍ صَرِيحٌ إلّا لِمَنْفيٍّ بلِعانٍ، وَيُحَدُّ قاذِفُ مُحْصَنٍ ويُعَزَّرُ غيرُه، والمُحْصَنُ مُكَلَّفٌ حُرٌّ مُسْلِمٌ عَفيفٌ عن وطْءٍ يُحَدُّ به، وتَبْطُلُ العِفّةُ بوَطْءِ مَحْرَمٍ مملوكَةٍ على المذْهَبِ، لا زَوْجَتِه في عِدّةِ شُبْهةٍ وأمةِ ولَدِه ومَنْكوحَتِه بلا وليٍّ في الأَصَحِّ، ولو زَنَى مَقْذوفٌ سَقَطَ الحدُّ، ....

فلا نَظَرَ في كلامِ القموليِّ خلافًا لِمَنْ زعمَه. (و) أنّ قوله (لِوَلَدِ غيرِه لَستَ ابنَ فُلانٍ صريحٌ) في قذفِ أُمِّه وفارَقَ الأبَ بأنّه يحتاجُ لِزَجْرِ ولَدِه وتأديبِه بنحوِ ذلك فقَرُبَ احتمالُ كلامِه له بخلافِ الأجنبيِّ وكان وجه جَعْلِهم له صريحًا في قذفِ أُمِّه مع احتمالِ لفظِه لِكونِه مَنْ وطْءِ شُبهةٍ نُدْرةَ وطْءِ الشُّبْهةِ فلم يُحْمَلِ اللّفظُ عليه بل على ما يتبادَرُ منه وهو كونُه من زِنًا وبهذا يقرُبُ ما أفْهَمَه إطلاقُهم أنّه لو فسَّرَ كلامَه بذلك لا يُقْبَلُ وخرج بقولِه لَستَ ابنَ فُلانٍ قولُه لِقُرَشيٍّ مثلًا لَستَ من قُرَيْشٍ فإنّه كِنايةٌ كما قالاه وإنْ نوزِعا فيه (إلا) إذا قال ذلك (لِمنفيٍّ) نَسَبُه (بِلِعانٍ) في حالِ انتفائِه فلا يكونُ صريحًا في قذفِ أُمِّه لاحتمالِ إرادَتِه لَست ابنَ المُلاعِنِ شرعًا بل هو كِنايةٌ فيُستفسَرُ فإنْ أرادَ القذفَ حُدَّ وإلا حَلَفَ وعُزِّرَ للإيذاءِ أمّا إذا قال له بعدَ استلْحاقِه فيكونُ صريحًا في قذفِها فيُحَدُّ ما لم يَدَّعِ أنّه أرادَ لم يكن ابنَه حالَ النّفْيِ ويحلِفُ عليه وقياسُ ما مَرَّ أنّه يُعَزَّرُ ثمّ رأيتُهم صرحوا به.

(ويُحَدُّ قاذِفُ مُحْصَنٍ) لِآيةِ ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] نعم، بحث الزّركشيُّ أنّه لو قذَفَه فعفا عنه ثمّ قذَفَه ثانيًا لم يجبْ غيرُ التعزيرِ ويُؤَيِّدُه أنّه لو حُدَّ ثمّ قُذِفَ ثانيًا عُزِّرَ لِظُهورِ كذِبه بالحدِّ والعفْوِ كالحدِّ (ويُعَزَّرُ غيرُه) أي قاذِفُ غيرِ المُحْصَنِ للإيذاءِ سواءٌ في ذلك الزوجُ وغيرُه ما لم يدفَعْه الزوجُ بلِعانِه كما يأتي (والمُحصَنُ مُكلَّفٌ) أي بالِغٌ عاقِلٌ ومثلُه السّكْرانُ (حُرٌّ مسلمٌ عَفيفٌ عن وطْءٍ يُحَدُّ به) وعن وطْءِ دُبُرِ حَليلَتِه وإنْ لم يُحَدَّ به؛ لأنّ الإحصانَ المشروطَ في الآيةِ الكمالُ وأضدادُ ما ذكَرَ نَقْصٌ وجَعْلُ الكافِرِ مُحْصَنًا في حَدِّ الزّنا؛ لأنّه إهانةٌ له ولا يَرِدُ قذفُ مُرْتَدٍّ ومجنونٍ وقِنٍّ بزِنًا إضافة إلى حالِ إسلامِه أو إفاقَتِه أو حُرِّيَّتِه بأنْ أسلَمَ ثمّ اختارَ الإمامُ رِقَّه؛ لأنّ سببَ حَدِّه إضافَتُه الزّنا إلى حالةِ الكمالِ.

(وتبطُلُ العِفّة) المعتبَرةُ في الإحصانِ (بوَطْءٍ) يوجِبُ الحدَّ وبِوَطْءِ (مُحَرَّمٍ) بنَسَبٍ أو رَضاعٍ أو مُصاهَرةٍ (مملوكةٍ) له (على المذهبِ) إذا علم التحريمَ لِدَلالَتِه على قِلّةِ مُبالاته وإنْ لم يُحَدَّ به؛ لأنّه لِشُبهةِ الملكِ (لا) بوَطْءِ (زوجةٍ) أو أمةٍ (في عِدّةِ شُبهةٍ) أو نحوِ إحرامٍ؛ لأنّ التحريمَ لِعارِضٍ يَزولُ (و) لا بوَطْءِ (أمةِ ولَدِه و) لا بوَطْءِ (مَنْكوحَته) أي الواطِئِ (بلا وليٍّ) أو بلا شُهودٍ قلَّدَ القائِلَ بحِلِّه أو لا (في الأصحِّ) لِقوّةِ الشُّبْهةِ فيهما نعم، بحث الأذرعيُّ استثناءَ مُستولَدةِ الابنِ لِحرمَتِها على أبيه أبدًا وصَوابُه موطوءةُ الابنِ ولَعَلَّه مُرادُه على أنّ هذا معلومٌ من قولِه بوَطْءِ مُحَرَّمٍ. (ولو زَنَى مقذوفٌ) قبلَ حَدِّ قاذِفِه ولو بعدَ الحكمِ به بل ولو بعدَ الشُّروعِ في الحدِّ كما هو ظاهرٌ (سَقَطَ الحدُّ) عن قاذِفِه ولو بغيرِ ذلك الزِّنا؛ لأنّ زِناه هذا يَدُلُّ على سبقِ مثلِه لِجَرَيانِ العادةِ الإلَهيّةِ بأنّ العبدَ لا يُهتَكُ في أوّلِ مَرّةٍ كما قاله

أو ارْتَدَّ فلا. وَمَنْ زَنَى مَرّةً ثم صَلَحَ لم يَعُدْ مُحْصَنًا، وحَدُّ القَذْفِ يورَثُ ويَسقُطُ بعَفْوٍ، والأَصَحُّ أنّه يَرِثُه كُلُّ الورَثةِ، وأنّه لو عَفا بعضُهم فَلِلباقينَ كُلُّهُ.

فَصْلٌ

له قَذْفُ زَوْجةٍ عَلِمَ زِناها ....

عمرُ رضي الله عنه ورِعايَتُها هنا لا يَلْحَقُ بها ما لو حُكِمَ بشهادَته فزَنَى فورًا حتى لا يُنْتَقَضَ الحكمُ وإنْ قُلْنا هذا الزِّنا يَدُلُّ على زِنًا سابِقٍ منه قبلَ الحكم ويُفَرَّقُ بأنّ الحدَّ يسقُطُ بالشُّبْهةِ بخلافِ الحكم (أو ارتَدَّ فلا) يسقُطُ الحدُّ؛ لأنّ الرِّدّةَ لا تُشْعِرُ بسَبْقِ أخرى؛ لأنّها عقيدةٌ وهي تَظْهَرُ غالِبًا (ومَنْ زَنَى) أو فعلَ ما يُبْطِلُ عِفّتَه كوَطْءِ حَليلَته في دُبُرِها (مَرّةً) وهو مُكلَّفٌ (ثمّ) تابَ و(صَلُحَ) حالُه حتى صار أتْقَى النّاسِ (لم يَعُدْ مُحصَنًا) أبدًا؛ لأنّ العِرْضَ إذا انثلَمَ لم تنسَدَّ ثُلْمَتُه فلا نَظَرَ إلى أنّ «التّائِبَ من الذّنْبِ كمَنْ لا ذَنْبَ له» ولو قذَفَ في مجلِسِ القاضي لَزِمَه إعلامُ المقذوفِ ليستوفيَه إنْ شاءَ وفارَقَ إقرارَه عندَه بمالٍ للغيرِ بأنّه لا يتوَقَّفُ استيفاؤُه عليه بخلافِ الحدِّ ومَحَلُّ لُزومِ الإعلامِ للقاضي أي عَيْنًا إذا لم يكن عندَه مَنْ يقبَلُ إخبارَه وإلا كان كِفايةً كما هو ظاهرٌ.

(وحَدُّ القذفِ) وتعزيرُه إذا لم يعفُ عنه المورِثُ (يورَثُ) ولو للإمامِ عَمَّنْ لا وارِثَ له خاصٌّ كسائرِ الحُقوقِ (ويسقُطُ) حَدُّه وتعزيرُه (بعفْوٍ) عن كلِّه ولو بمالٍ لكن لا يَثْبُتُ المالُ فلو عَفا عن بعضِ الحدِّ لم يسقُطْ شيءٌ منه ولا يُخالِفُ سُقوطَ التعزيرِ بالعفْوِ ما في بابه أنّ للإمامِ استيفاءَه؛ لأنّ السّاقِطَ حَقُّ الآدَميِّ والذي يستوفيه الإمامُ حَقُّ اللّه تعالى للمَصْلَحةِ ويستوفي سيِّدُ قِنٍّ مقذوفٍ مات تعزيرَه وإنْ لم يَرِثْه (والأصحُّ أنّه) إذا مات المقذوفُ الحرُّ (يَرِثُه كلُّ الورثةِ) حتى الزوجَين كالقِصاصِ نعم، قذفُ الميِّت لا يَرِثُه الزوجُ أو الزوجةُ على أحدِ وجهَين رَجَحَ لانقطاعِ الوصْلةِ بينهما وفيه نَظَرٌ لِتصريحِهم ببَقاءِ آثارِ النّكاحِ بعدَ الموت.

(و) الأصحُّ (أنّه لو عَفا بعضُهم) عن حَقِّه من الحدِّ أو كان غيرَ مُكلَّفٍ (فللباقي) منهم وإنْ قَلَّ نصيبُه (كلُّه) أي استيفاءُ جميعِه كما أنّ لأحَدِهم طلب استيفائِه وإنْ لم يرضَ غيرُه أو غابَ؛ لأنّه لِدَفْعِ العارِ اللّازِمِ للواحدِ كالجمعِ مع أنّه لا بَدَلَ له وبه فارَقَ القِصاصَ فإنّ ثُبوتَ بَدَلِه يمنعُ من التّفْويت فيه ويُفَرَّقُ بين هذا ونحوِ الغيْبةِ فإنّه لا يورَثُ ومن ثَمَّ لم يَكْفِ تَحْليلُ الوارِثِ منه بأنّ مَلْحَظَ ما هنا العارُ وهو يشمَلُ الوارِثَ أيضًا فكان له فيه دَخْلٌ بخلافِ نحوِ الغيْبةِ فإنّه محضُ إيذاءٍ يختَصُّ بالميِّت فلا يَتعدَّى أثَرُه للوارِثِ.

فصل في بَيانِ حكمِ قذفِ الزوجِ ونفيِ الولدِ جوازًا أو وجوبًا

(له) أي الزوجِ (قذفُ زوجةٍ) له (علم زِناها) بأنْ رَآه وهي في نِكاحِه كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي آخِرَ البابِ والأولى له تَطْليقُها سِتْرًا عليها ما لم يترَتَّبْ على فِراقِه لها مفسَدةٌ لها أو له أو لأجنَبيٍّ فيما يظهرُ

أو ظَنّه ظَنًّا مُؤَكَّدًا كَشَياعِ زِناها بزَيْدٍ مع قَرينةٍ بأنْ رَآهما في خَلْوةٍ، ولو أَتَتْ بوَلَدٍ وعَلِمَ أنّه ليس منه لَزِمَه نَفْيُهُ، وإنّما يَعْلمُ إذا لم يَطأْ أو ولَدَتْه لِدونِ سِتّةِ أَشْهرٍ مِن الوطْءِ أو فَوْقَ أربَعِ سِنينَ، فلو ولَدَتْه لِما بينهما ولم تَسْتَبْرِئْ بحَيْضةٍ حَرُمَ النَّفْيُ، ....

(أو ظَنّه ظَنًّا مُؤَكَّدًا) لاحتياجِه حينئذٍ لِلانتقامِ منها لِتَلْطيخِها فِراشَه والبيِّنةُ قد لا تُساعِدُه **(كشياعِ زِناها بزَيْدٍ مع قرينةٍ بأنْ)** بمعنى كأنْ **(رَآهما في خَلْوةٍ)** وكأنْ شاعَ زِناها مُطْلَقًا ثمّ رَأى رجلًا خارجًا من عندِها قال الماوَرْديُّ في وقت الرِّيبةِ أو رَآها خارِجةً من عندِ رجلٍ أي وثَمّ ريبةٌ أيضًا ويُحْتَملُ الفرقُ وعلى الأوّلِ فأدْنى ريبةٍ فيها كافٍ بخلافِه فإنّه قد يدخلُ لِنحوِ سرِقة أو إرادةِ إكْراهٍ أو إلحاقِ عارٍ ولا كذلك هي وكإخبارِ عَدْلٍ رِوايةً أو مَنِ اعْتُقِدَ صِدْقُه له عن مُعايَنةٍ بزِناها وليس عَدوًّا لها ولا له ولا لِلزّاني قال بعضُهم وقد بَيَّنَ كيْفيّةَ الزِّنا لِئَلّا يَظُنَّ ما ليس بزِنًا زِنًا وكإقرارِها له به واعتقد صِدْقَها، أمّا مُجَرَّدُ الشُّيوعِ فلا يَجوزُ اعتمادُه؛ لأنّه قد ينشَأُ عن خبرِ عَدوٍّ أو طامِعٍ بسوءٍ لم يَظْفر وكذا مُجَرَّدُ القرينةِ؛ لأنّه رُبَّما دخل عليها لِخوفٍ أو نحوِ سرِقة.

(ولو أتَتْ) أو حَمَلَتْ **(بوَلَدٍ علم أنّه ليس منه)** أو ظَنّه ظَنًّا مُؤَكَّدًا وأمكنَ كونُه منه ظاهرًا لِما سيذكرُه **(لَزِمَه نفيُه)** وإلا لَكان بسُكوته مُستَلْحِقًا لِمَنْ ليس منه وهو مُمْتَنِعٌ كما يحرُمُ نفيُ مَنْ هو منه لِما يأتي ولِعَظيمِ التَّغْليظِ على فاعِلِ ذلك وقَبيحٌ ما يترَتَّبُ عليهما من المفاسِدِ كانا من أقبَحِ الكبائِرِ بل أُطْلِقَ عليهما الكُفْرُ في الأحاديثِ الصّحيحةِ وإنْ أوِّلَ بالمُستَحِلِّ أو بأنّهما سبَبٌ له أو بكُفرِ النِّعْمةِ ثمّ إنْ علم زِناها أو ظَنّه ظَنًّا مُؤَكَّدًا قذَفَها ولاعَنَ لِنفيِه وجوبًا فيهما وإلا اقتصَرَ على النَّفْيِ باللِّعانِ لِجوازِ كونِه من شُبهةٍ أو زوجٍ سابِقٍ وشَمَلَ المتنُ وغيرُه ما لو أتَتْ بوَلَدٍ علم أنّه ليس منه ولَكِنّه خُفْيةً بحيثُ لا يَلْحَقُ به في الحكمِ لَكِنّ الأوجَهَ قولُ ابنِ عبدِ السّلامِ الأولى له السَّتْرُ أي وكلامُهم إنّما هو حيثُ تَرَتَّبَ على عدمِ النَّفْيِ لُحوقُه به كما اقتضاه تعليلُهم المذكورُ.

(وإنّما يعلَمُ) أنّه ليس منه **(إذا لم يَطأْ)** في القُبُلِ ولا استَدْخَلَتْ ماءَه المُحْتَرَمَ أصلًا **(ولَدَتْه لِدونِ ستّةِ أشهرٍ)** من الوطءِ ولو لأكثرَ منها من العقدِ **(أو فوقَ أربَعِ سِنين)** من الوطءِ للعلم حينئذٍ بأنّه من ماءِ غيرِه ولو علم زِناها في طُهْرٍ لم يَطَأْ فيه وأتَتْ بوَلَدٍ يُمْكِنُ كونُه من ذلك الزِّنا لَزِمَه قذفُها ونفيُه وصرّح جمعٌ بأنّ نحوَ رُؤْيَته معها في خَلْوةٍ في ذلك الطُّهْرِ مع شُيوعِ زِناها به يلزمُه ذلك أيضًا ويُؤَيِّدُه ما يأتي عن الروضةِ.

(فلو ولَدَتْه لِما بينهما) أي دون السّنةِ وما فوقَ الأربَعةِ من الوطءِ وكأنّهم إنّما لم يعتبروا هنا لَحْظةَ الوطءِ والوضْعِ احتياطًا لِلنّسَبِ لإمكانِ الإلحاقِ مع عدمِهما **(ولم يستبرِئْ)** ها **(بحيضةٍ)** بعدَ وطْئِه أو استبرَأها بها وكان بين الوِلادةِ والاستبراءِ أقلُّ من ستّةِ أشهرٍ **(حَرُمَ النّفيُ)** للوَلَدِ؛ لأنّه لاحِقٌ بفِراشِه ولا عبرةَ بريبةٍ يَجِدُها وفي خبرِ أبي داوُد والنّسائيُّ وغيرِهما **«أيُّما رجلٍ جَحَدَ ولَدَه وهو ينظُرُ إليه احتَجَبَ الله منه يومَ القيامةِ وفَضَحَه على رُءوسِ الخلائِقِ»**.

وإنْ ولَدَتْه لِفَوْقِ سِتَّةِ أشْهُرٍ مِن الاستِبْراءِ حَلَّ النَّفْيُ في الأَصَحِّ. ولو وطِئَ وعَزَلَ حَرُمَ على الصَّحيحِ، ولو عَلِمَ زِناها واحتُمِلَ كَوْنُ الولَدِ منه ومِن الزِّنا حَرُمَ النَّفْيُ، وكذا القَذْفُ واللِّعانُ على الصّحيحِ.

فَصْلٌ

اللِّعانُ قولُه أربَعَ مَرّاتٍ: أشْهَدُ باللَّه إنّي لمِن الصّادِقينَ فيما رَمَيْت به هَذِه مِن الزِّنا، ......

(وإنْ ولَدَتْه لِفوقِ ستّةِ أشهرٍ من الاستبراءِ) بحيضةٍ أي من ابتداءِ الحيضِ كما ذكرَه جمعٌ؛ لأنّه الدّالُّ على البراءةِ (حِلُّ النّفيِ في الأصحِّ)؛ لأنّ الاستبراءَ أمارةٌ ظاهرةٌ على أنّه ليس منه نعم، يُسَنُّ له عدمُه؛ لأنّ الحامِلَ قد تَحيضُ ومَحلُّه إنْ كان هناك تُهمةُ زِنا وإلا لم يَجُزْ قطعًا وصَحَّحَ في الروضةِ أنّه إنْ رَأى بعدَ الاستبراءِ قرينةً بزِناها مِمّا مَرَّ لَزِمَه نفيُه لِغلبةِ الظّنِّ بأنّه ليس منه حينئذٍ وإلا لم يَجُزْ واعتمده الإسنَويُّ وغيرُه وقولُه من الاستبراءِ تَبِعَ فيه الرّافِعيَّ وصَحَّحَ في الروضةِ أيضًا اعتبارَها من حينِ الزِّنا بعدَ الاستبراءِ؛ لأنّه مُستَنَدُ اللِّعانِ فعليه إذا ولَدَتْ لِدونِ ستّةِ أشهرٍ منه ولأكثرَ من دونِها من الاستبراءِ تَبيَّنّا أنّه ليس من ذلك الزِّنا فيَصيرُ وجودُه كعدمِه فلا يَجوزُ النّفيُ رِعايةً للفِراشِ ووَجَّهَ البُلْقينيُّ المتنَ بمَنْعِ تَيَقُّنِ ذلك لاحتمالِ سبقِ زِناه بها خُفْيةً قبلَ الزِّنا الذي رَآه.

(ولو وطِئَ وعَزَلَ حَرُمَ) النّفْيُ (على الصّحيحِ)؛ لأنّ الماءَ قد يسبِقُه ولا يشعُرُ به ولو كان يَطَأُ فيما دون الفرجِ بحيثُ لا يُمْكِنُ وُصولُ الماءِ إليه لَم يَلْحَقْه أو في الدُّبُرِ تَناقَضَ فيه كلامُهما والأرجَحُ أنّه لا يَلْحَقُه أيضًا وليس من الظّنِّ علمُه من نفسِه أنّه عقيمٌ على الأوجَه خلافًا لِقولِ الرّويانيِّ يلزمُه نفيُه باللِّعانِ أي بعدَ قذفِها وذلك؛ لأنّا نَجِدُ كثيرين يَكادُ أنْ يُجْزَمَ بعُقْمِهم ثمّ يحبَلون.

(ولو علم زِناها واحتُمِلَ كونُ الولدِ منه ومن الزِّنا) على السّواءِ بأنْ ولَدَتْه لِستّةِ أشهرٍ فأكثرَ من وطْئِه ومن الزِّنا ولا استبراءَ (حَرُمَ النّفيُ) لِتَقاوُمِ الاحتمالينِ «والولدُ للفِراشِ» والنّصُّ على الحِلِّ يُحْمَلُ على ما إذا كان احتمالُه من الزِّنا أغلَبَ لِوجودِ قرينةٍ تُؤَكِّدُ ظَنَّ وُقوعِه (وكذا) يحرُمُ (القذفُ واللِّعانُ على الصّحيحِ) إذْ لا ضَرورةَ إليهما لِلُحوقِ الولدِ به والفِراقُ ممكنٌ بالطّلاقِ ولأنّه يتضرَّرُ بإثباتِ زِناها لانطِلاقِ الألْسِنةِ فيه وقيلَ يَحِلّانِ انتقامًا منها وأطالَ جمعٌ في تصويبه ويَرُدُّه ما تقرّر إذْ كيف يُحْتَمَلُ ذلك الضَّرَرُ العظيمُ لِمُجَرَّدِ غَرَضِ انتقامٍ وكالزِّنا فيما ذكرَ وطْءُ الشُّبْهةِ.

فصل في كيفيّةِ اللِّعانِ وشُروطِه وثمراته

(اللِّعانُ قولُه) أي الزوجِ (أربَعَ مَرّاتٍ أشهَدُ باللّه أنّي لَمن الصّادِقين فيما رَمَيت به) زوجَتي (هذه) إنْ حَضَرَتْ (من الزِّنا) إنْ قذَفَها بالزِّنا وإلا قال فيما رَمَيْتها به من إصابةِ غيري لها على فِراشي وأنّ الولدَ منه لا مِنّي ولا تُلاعِنُ هي هنا إذْ لا حَدَّ عليها بلِعانِه ولو ثَبَتَ قذفٌ أنكره قال فيما ثَبَتَ من قذفي إيّاها بالزِّنا وذلك للآياتِ أوّلَ سورةِ النّورِ وكُرِّرَتْ لِتأكُّدِ الأمرِ ولأنّها منه بمنزلةِ أربَعِ شُهودٍ لِيُقامَ عليها بها

فإنْ غابَتْ، سَمّاها ورَفَعَ نَسَبَها بما يُمَيِّزُها، ﴿وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾ [النور:٧] فيما رَماها به مِن الزِّنا، وإنْ كان ولَدٌ يَنْفيه ذَكَرَه في الكلماتِ فقال وإنَّ الولَدَ الذي ولَدَتْه أو هذا الولَدَ من زِنًا ليس مِنّي، وَتَقولُ هيَ: أَشْهَدُ باللَّه إنّه لمِن الكاذِبينَ فيما رَماني به مِن الزِّنا، ﴿وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [النور: ٩] فيهِ، ولو بُدِّلَ لَفظُ شَهادةٍ بحَلِفٍ ونَحْوِه أو غَضَبٍ بلَعْنٍ وعَكْسِه أو ذُكِرا قبلَ تَمامِ الشّهاداتِ لم يَصِحَّ في الأَصَحِّ. وَيُشْتَرَطُ فيه أمرُ القاضي ....

الحدُّ ولِذا سُمِّيَتْ شَهاداتٌ، وأمّا الخامِسةُ فهي مُؤَكِّدةٌ لِمُفادِها، نعم، المُغَلَّبُ في تلك الكلمات مُشابَهَتُها للأيمانِ كما يأتي ومن ثَمَّ لو كذَبَ لَزِمَه كفّارةُ يَمينٍ والأوجَه أنّها لا تَتعدَّدُ بعددِها؛ لأنّ المحلوفَ عليه واحدٌ والمقصودُ من تكرُّرِها محضُ التّأكيدِ لا غيرُ (فإنْ غابَتْ) عن المجلِسِ أو البلَدِ لِعُذْرٍ أو غيرِه (سمّاها ورفع نَسبها) أو ذكرَ وصْفَها (بما يُمَيِّزُها) عن غيرِها دَفْعًا لِلاشتباه ويكفي قولُه زوجَتي إذا عَرَفَها الحاكِمُ ولم يكن تحتَه غيرُها (﴿وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾ [النور:٧]) عدلَ عن عَليَّ وكُنْت تَفاؤُلاً (فيما رَماها به من الزِّنا وإنْ كان له ولَدٌ ينفيه ذكرَه في الكلمات) الخمسِ كلِّها لينتَفيَ عنه لا ليصحَّ لِعانُه ومن ثَمَّ لو أغفَله في واحدةٍ صَحَّ لِعانُه بالنّسبةِ لِصحّةِ لِعانِها بعدَه وإنْ وجَبَتْ إعادَتُه لِنفي الولدِ (فقال) في كلِّ واحدةٍ منها (وأنّ الولدَ الذي ولَدَتْه) إنْ غابَ (أو هذا الولدَ) إنْ حَضَرَ (من) زوجٍ أو شُبهةٍ أو من (زِنًا ليس مِنّي) وذِكْرُ ليس مِنّي تأكيدٌ كما في أصلِ الروضةِ والشرحِ الصّغيرِ حملاً لِلزِّنا على حَقيقَته وقال الأكثرون شرطٌ وهو مقتضى المتنِ واعتمده الأذرعيُّ لاحتمالِ أنْ يعتقدَ أنّ وطْءَ الشُّبْهةِ زِنًا ويُؤْخَذُ منه أنّ مَحلَّه فيمَنْ يُمْكِنُ أنْ يشتَبِهَ عليه ذلك ولا يكفي الاقتصارُ على ليس مِنّي لاحتمالِه عدمَ شَبَهِه له (وتقولُ هي) بعدَه لِوجوبِ تأخُّرِ لِعانِها كما سيذكرُه (أشهَدُ باللّه أنّه لَمن الكاذِبين فيما رَماني به) وتُشيرُ إليه إنْ حَضَرَ وإلا مَيَّزَتْه نظيرَ ما مَرَّ (من الزِّنا) إنْ رَماها به ولا تحتاجُ لِذِكْرِ الولدِ؛ لأنّه لا يتعلَّقُ به في لِعانِها حكمٌ (﴿وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ﴾ [النور:٩]) عدلَ عن عَليَّ لِما مَرَّ وذِكْرُه رَماها، ثمّ ورَماني هنا تَفَنُّنٌ لا غيرُ (إنْ كان من الصّادِقين فيه) أي فيما رَماني به من الزِّنا وخُصَّ الغضَبُ بها؛ لأنّ جَريمةَ زِناها أقبَحُ من جَريمةِ قذفِه والغضَبُ وهو الانتقامُ بالعذابِ أغلَظُ من اللّعْنِ الذي هو البُعْدُ عن الرّحْمةِ.

(ولو بُدِّلَ لفظُ) اللّه بغيرِه كالرّحْمَنِ أو لفظُ (شَهادةٍ بحَلِفٍ) مَرَّ في الخُطْبةِ حكمُ إدْخالِ الباءِ في حَيِّزِ بَدَلٍ فراجِعْه لِتعلَمَ به رَدَّ الاعتراضِ عليه (ونحوِه) كأُقسِمُ أو أحلِفُ باللّه (أو) لفظَ (غَضَبٍ بلَعْنٍ وعكسِه) بأنْ ذكرَ لفظَ الغضَبِ وهي لفظَ اللّعْنِ (أو ذُكِرا) أي اللّعْنُ والغضَبُ (قبلَ تمامِ الشّهادات لم يصحَّ في الأصحِّ)؛ لأنّ المرْعيَّ هنا اللّفْظُ ونَظْمُ القرآنِ.

(ويُشْتَرَطُ فيه) أي في صحّةِ اللِّعانِ (أمرُ القاضي) أو نائبِه أو المُحكَّمِ أو السَّيِّدِ إذا لاعَنَ بين أمَتِه وعبدِه به ولو كان اللِّعانُ لِنفيِ الولدِ الغيرِ المُكلَّفِ فقط امتنع التحكيمُ؛ لأنّ للوَلَدِ حَقًّا في النّسبِ فلم

ويُلَقَّنُ كَلِماتِهِ، وأَنْ يَتأَخَّرَ لِعانُها عن لِعانِهِ، وَيُلاعِنُ أَخْرَسُ بإشارةٍ مُفْهِمةٍ أو كِتابةٍ، وَيَصِحُّ بالعجَميّةِ، وفيمَنْ عَرَفَ العربيّةَ وجْهٌ، ويُغَلَّظُ بزَمانٍ وهو بعد عَصْرِ جُمُعةٍ ومَكانٌ وهو أَشْرَفُ بلَدِه، فَبِمَكّةَ بين الرُّكْنِ والمقامِ، والمدينةِ عندَ المنبَرِ، ....

يسقُطُ بِرضاهما (و) معنى أمَرَه به أنّه (يُلَقَّنُ) كلًّا منهما ويَجوزُ بناؤُه للمفعولِ (كلِماته) فيقولُ له قُلْ كذا، وكذا إلى آخِرِه فما أتَى به قبلَ التّلْقينِ لَغْوٌ إذِ اليمينُ لا يُعْتَدُّ بها قبلَ استحْلافِه والشّهادةُ لا تُؤَدّى عندَه إلا بإذْنِه ويُشْتَرَطُ موالاةُ الكلِماتِ الخمسِ لا لِعانَيْهما ويظهرُ اعتبارُ الموالاةِ هنا بما مَرَّ في الفاتحةِ.

ومن ثَمَّ لم يَضُرَّ الفصلُ هنا بما هو من مَصالِحِ اللِّعانِ ولا يَثبُتُ شيءٌ من أحكامِ اللِّعانِ إلا بعدَ تمامِها (وأنْ يتأخَّرَ لِعانُها عن لِعانِه)؛ لأنّ لِعانَها لِدَرْءِ الحدِّ عنها وهو لا يجبُ قبلَ لِعانِه (ويُلاعِنُ مَن اعتَقَلَ لِسانُه) بعدَ القذفِ ولم يُرْجَ بُرْؤُه أو رُجِيَ ومَضَتْ ثلاثةُ أيّام ولم ينطِقْ و(أخرسُ) منهما ويقذِفُ (بإشارةٍ مُفهِمةٍ وكِتابةٍ) أو يَجْمَعُ بينهما كسائِرِ تَصرُّفاته ولأنّ المُغَلَّبَ فيه شائِبةُ اليمينِ لا الشّهادةُ وبِفرضِ تَغْليبِها هو مُضْطَرٌّ إليها هنا لا ثَمَّ؛ لأنّ النّاطِقين يقومون بها قيلَ النّصُّ أنّها لا تُلاعِنُ بها؛ لأنّها غيرُ مُضطَرّةٍ إليها ومن عِلّتِه يُؤْخَذُ أنّ مَحَلَّ ذلك قبلَ لِعانِ الزوجِ لا بعدَه لاضْطِرارِها حينئذٍ إلى دَرْءِ الحدِّ عنها فيُكرِّرُ الإشارةَ أو الكِتابةَ خمسةً أو يُشيرُ للبعضِ ويَكْتُبُ البعضَ أمّا إذا لم تكن له إشارةٌ مُفْهِمةٌ فلا يصحُّ لِتعذُّرِ معرفة مُرادِهِ.

(ويصحُّ) اللِّعانُ والقذفُ (بالعجميّةِ) أي ما عدا العربيّةَ من اللُّغاتِ إنْ راعَى ترجَمةَ اللّعْنِ والغضَبِ وإنْ عَرَفَ العربيّةَ كاليمينِ والشّهادةِ (وفيمَنْ عَرَفَ العربيّةَ وجهٌ) أنّه لا يصحُّ لِعانُه بغيرِها؛ لأنّها الوارِدةُ وانتصر له جمعٌ ويُسَنُّ حُضورُ أربَعةٍ يعرِفون تلك اللُّغةَ ويجبُ مُترجمانِ لِقاضٍ جَهِلها.

(ويُغَلَّظُ) ولو في كافِرٍ على الأوجَه (بزَمانٍ وهو بعدَ) فعلِ (عَصْرٍ) أيِّ يوم كان إنْ لم يتيَسَّر التّأخيرُ للجُمُعةِ؛ لأنّ اليمينَ الفاجِرةَ حينئذٍ أغلَظُ عُقوبةً كما دَلَّ عليه خبرُ الصّحيحَين فإنْ تَيَسَّرَ التّأخيرُ فبعدَ عَصْرِ (جُمُعةٍ)؛ لأنّ يومَها أشرَفُ الأسبوعِ وساعةَ الإجابةِ فيها بعدَ عَصْرِها كما في رِوايةٍ صحيحةٍ وإنْ كان الأشهَرُ أنّها زَمَنٌ يَسيرٌ من أوّلِ الخُطْبةِ إلى آخِرِ الصّلاةِ لِخبرٍ به أصحَّ.

(ومَكانٍ وهو أشرَفُ بَلَدِه) أي اللِّعانِ؛ لأنّ في تلك تأثيرًا في الزّجْرِ عن اليمينِ الكاذِبةِ وعبارَتُه مُساويةٌ لِعبارةِ أصلِه (أشرَفُ مَواضِعِ البلَدِ) (فبِمكّةَ) يكونُ اللِّعانُ (بين الرُّكْنِ) الذي فيه الحجَرُ الأسوَدُ (والمقامِ) أي مَقامِ إبراهيمَ صَلّى اللّه على نَبيِّنا وعليه وسَلَّمَ وهو المُسَمّى بالحطيمِ لِحَطْمِ الذُّنوبِ فيه ولم يكن بالحِجْرِ مع أنّه أفضَلُ لِكونِه من البيت صونًا له عن ذلك وإنْ حَلَّفَ عمرُ فيه.

قاله الماوَرْديُّ (و) في (المدينةِ) يكونُ (عندَ المنبَرِ) مِمّا يَلِي القبرَ المُكرَّمَ على مُشَرِّفِه أفْضَلُ الصّلاةِ وأفضَلُ السّلام.

لأنّه رَوْضةٌ من رياضِ الجنّةِ وللخبرِ الصّحيحِ «لا يحلِفُ عندَ هذا المنبَرِ عبدٌ ولا أمةٌ يَمينًا آثِمةً ولو

وبَيْتِ المقْدِسِ عندَ الصَّخْرةِ وَغيرِها عندَ منبَرِ الجامِعِ، وحائِضٌ ببابِ المسْجِدِ، وذِمّيٌّ في بيعةٍ وكَنيسةٍ، وكذا بَيْتُ نارِ مَجوسيٍّ في الأَصَحِّ، لا بَيْتُ أَصْنامِ وثَنيٍّ، وجَمعٍ أَقَلُّه أربَعةٌ، والتَّغْليظاتُ سُنّةٌ لا فَرْضٌ على المذْهَبِ، ويُسَنُّ للقاضي وعْظُهما، ....

على سِواكٍ رَطْبٍ إلا وجَبَتْ له النّارُ»[١]، وفي رِوايةٍ صحيحةٍ «على منبَري هذا يَمينًا آثِمةً تبَوَّأ مقعده من النّارِ»[٢] ومن ثَمَّ صَحَّحَ في أصلِ الروضةِ صُعودَه ويصحُّ رَدُّ عبارةِ المتنِ إليه بجَعْلِ عندَ بمعنى على (و) في (بيت المقدِسِ) يكونُ (عندَ الصَّخرةِ)؛ لأنّها قِبْلةُ الأنبياءِ، وفي خبرٍ أنّها من الجنّةِ (و) في (غيرِها) أي الأماكِنِ الثلاثةِ يكونُ (عندَ منبَرِ الجامِعِ) أي عليه؛ لأنّه أشرَفُه وزَعْمُ أنّ صُعودَه لا يَليقُ بها ممنوعٌ لا سيَّما مع ما رَواه البيْهَقيُّ وإنْ ضَعَّفَه (أنّه ﷺ لاعَنَ بين العجْلانيِّ وامرَأته عليه).

(و) تُلاعِنُ (حائِضٌ) ونُفَساءُ مسلمةٌ ومسلمٌ به جَنابةٌ ولم يُمْهل للغُسلِ أو نَجِسٌ يُلَوِّثُ المسجِدَ (ببابِ المسجِدِ) بعدَ خُروجِ القاضي مثلًا إليه لِحرمةِ مُكْثِ كلٍّ من أولَئِك فيه ولو رَأى تأخيرَه لِزَوالِ المانِعِ فلا بَأسَ أمّا ذِمّيّةٌ حائِضٌ أو نُفَساءُ أُمِنَ تَلْويثُها وذِمّيٌّ جُنُبٌ فيَجوزُ تمكينُها من المُلاعَنةِ في المسجِدِ إلا المسجِدَ الحرامَ (و) يُلاعِنُ (ذِمّيٌّ) أي كِتابيٌّ ولو مُعاهَدًا أو مُستأمَنًا (في بيعةٍ) لِلنّصارى بكسرِ الباءِ (وكنيسةٍ) لليَهودِ؛ لأنّهم يُعَظِّمونَها كتعظيمِنا لِمَساجِدِنا.

(وكذا بيتُ نارِ مَجوسيٍّ في الأصحِّ) لِذلك ويحضُرُ نحوُ القاضي والجمعُ الآتي بمَحالِّهم تلك لِما مَرَّ إلا ما به صوَرٌ مُعظَّمةٌ لِحرمةِ دخولِه مُطْلَقًا كغيرِه بلا إذْنِهم وتُلاعِنُ كافِرةٌ تحتَ مسلم فيما ذُكِرَ لا في المسجِدِ إلا إنْ رَضيَ به (لا بيت أصنام وثَنيٍّ) دخل دارَنا بهُدْنةٍ أو أمانٍ وتَرافَعوا إلينا فلا يُلاعِنُ فيه بل في مجلِسِ الحاكِمِ إذْ لا أصلَ له في الحرمةِ واعتقادُهم لِوُضوحِ فسادِه غيرُ مَرْعيٍّ ولأنّ دخولَه معصيةٌ ولو بإذْنِهم ولا تَغْليظَ في حَقِّ مَنْ لا يتدَيَّنُ بدينٍ كدَهْريٍّ وزِنْديقٍ بل يحلِفُ إنْ لَزِمته يَمينٌ باللّه الذي خَلَقَه ورَزَقَه ويُعْتَبَرُ الزّمَنُ بما يعتقدون تعظيمَه (و) حُضورُ (جمعٍ من الأعيانِ) والصُّلَحاءِ لِلاتِّباعِ ولأنّ فيه رَدْعًا للكاذِبِ (وأقلُّه أربَعةٌ) لِثُبوت الزِّنا بهم ومن ثَمَّ اعْتُبِرَ كونُهم من أهلِ الشّهادةِ ومعرِفَتُهم لُغةُ المُتَلاعِنَينِ (والتّغليظاتُ سُنّةٌ لا فرضٌ على المذهبِ) كما في سائِرِ الأيمانِ.

(ويُسَنُّ للقاضي) ولو بنائِبه (وعْظُهما) بالتّخْويفِ من عِقابِ اللّه لِلاتِّباعِ ويقرَأُ عليهما آيةَ آلِ عِمْرانَ ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ﴾ [آل عمران: ٧٧] وخبرَ «وحِسابُكُما على اللّه اللّه يعلَمُ أنّ أحدَكُما كاذِبٌ فهل

---

(١) [صحيح] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٢/ ٣٢٩]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ٢٣٢٦]، والحاكم في (المستدرك على الصحيحين) [٤/ ٣٣٠]، وغيرهم من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه .
قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (صحيح الترغيب والترهيب) للألباني [رقم/ ١٨٤٢].

(٢) [صحيح] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٣٢٤٦]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ٢٣٢٥]، وابن حبان في (صحيحه) [رقم/ ٤٣٦٨]، وغيرهم من حديث: جابر بن عبد الله رضي الله عنه به نحوه.
قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (صحيح سنن أبي داود) للألباني [رقم/ ٢٧٨٢].

ويُبالِغُ عندَ الخامِسةِ وأنْ يَتَلاعَنا قائِمَيْنِ، وشَرْطُه زَوْجٌ يَصِحُّ طَلاقُه ولو ارْتَدَّ بعد وطْءٍ فَقَذَفَها وأسْلَمَ في العِدّةِ لاعَنَ ولو لاعَنَ ثم أسْلَمَ فيها صَحَّ أو أصَرَّ صادَفَ بَيْنونةً. وَيَتَعَلَّقُ بِلِعانِه فُرْقةٌ وحُرْمةٌ مُؤَبَّدةٌ، وإنْ أكْذَبَ نفسَهُ.

منكُما من تائِبٍ»[1] (ويُبالِغُ) في التَّخْويفِ (عندَ الخامِسةِ) لَعَلَّه يرجعُ لِخبرِ أبي داوُد (أنّه ﷺ أمَرَ رجلًا أنْ يَضَعَ يَدَه على فيه عندَ الخامِسةِ وقال «إنها موجِبةٌ»)[2] ويُسَنُّ فعلُ ذلك بهما ويأتي واضِعُ يَدِه على الفمِ من ورائِه (وأنْ يتلاعَنا قائِمَين) وبِحيثُ يَرى كلٌّ صاحِبَه لِلاتِّباعِ ولأنّ القيامَ أبلَغُ في الزّجْرِ وقائِمَين حالٌ من كلٍّ من فاعِلي تَلاعَنا أي كلٌّ قائِمًا أو من مجموعِهما وعلى كلٍّ هو لا يقتضي ما هو السُّنّةَ من جُلوسِ كلٍّ عندَ لِعانِ الآخرِ بخلافِ «فإنّي أدخَلْتُهما طاهرَتَين» فإنّه إنْ كان من المجموعِ اشتُرِطَ عندَ دخولِ كلٍّ كونُهما طاهرَتَين أو من كلٍّ لم يُشْتَرَطْ فليس ما هنا نظيرَ ذاك خلافًا لِمَنْ زعمَه فتأمّلْه ويقعُدُ كلٌّ وقتَ لِعانِ الآخرِ.

(وشرطُه) أي المُلاعِنِ أو اللِّعانِ ليصحَّ ما تَضمَّنَه قولُه (زوجٌ) ولو باعتبارِ ما كان أو الصّورةِ ليدخلَ ما يأتي في البائِنِ ونحوِ المنْكوحةِ فاسِدًا فلا يصحُّ من غيرِه كما دَلَّتْ عليه الآيةُ ولأنّ غيرَه لا يحتاجُ إليه لِما مَرَّ أنّه حُجّةٌ ضَروريّةٌ (يصحُّ طلاقُه) كسَكْرانَ وذِمّيٍّ وفاسِقٍ تَغْليبًا لِشَبَه اليمينِ دون مُكْرَهٍ وغيرِ مُكلَّفٍ ولا لِعانَ في قذفِه وإنْ كمُلَ بعدُ ويُعَزَّرُ عليه. (ولو ارتَدَّ) الزوجُ (بعدَ وطْءٍ) أو استدخال ماءٍ (فقَذَفَ وأسلَمَ في العِدّةِ لاعَنَ) لِدَوامِ النّكاحِ (ولو لاعَنَ) في الرِّدّةِ (ثمّ أسلَمَ فيها) أي العِدّةِ (صَحَّ) لِتَبيُّنِ وُقوعِه في صُلْبِ النّكاحِ (أو أصَرَّ) مُرْتَدًّا إلى انقضائِها (صادَفَ) اللِّعانَ (بَينونةً) لِتَبيُّنِ انقطاعِ النّكاحِ بالرِّدّةِ فإنْ كان هناك ولَدٌ نفاه بلِعانِه نفَذَ وإلا بانَ فسادُه وحُدَّ للقذفِ وأفْهَمَ قولُه فقَذَفَ وُقوعَه في الرِّدّةِ، فلو قذَفَ قبلَها صَحَّ وإنْ أصَرَّ كما يصحُّ مِمَّنْ أبانَها بعدَ قذفِها. (ويَتعلَّقُ بلِعانِه) أي الزوجِ وإنْ كذَبَ أي بفَراغِه منه ولا نَظَرَ لِلِعانِها (فُرْقة) أي فُرْقة انفِساخ (وحرمةٌ) ظاهرًا وباطِنًا (مُؤَبَّدةٌ) فلا تَحِلُّ له بعدُ بنِكاحٍ ولا ملكٍ لِخبرِ الشيخينِ «لا سبيلَ لَكَ عليها»[3]، وفي رِوايةٍ للبَيْهَقيِّ «المُتَلاعِنانِ لا يَجْتَمِعانِ أبدًا»[4] وكأنّ هذا هو مُستَنَدُ جَزْمِ بعضِهم بأنّها لا تَعودُ إليه ولا في الجنّةِ (وإنْ أكْذَبَ) المُلاعِنُ (نفسَه) فلا يُفيدُه عَوْدَ حِلٍّ؛ لأنّه حَقُّه بل عَوْدَ حَدٍّ ونَسَبٍ؛ لأنّهما حَقٌّ عليه وتجويزُ رَفْعِ

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٥٠٠٥]، وغيره من حديث: ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٤٤٧٠]، وأبو داود في (سننه) [رقم/ ٢٢٥٤]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ٣١٧٩]، وغيرهم من حديث: ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٥٠٠٦]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٩٣]، وغيرهما من حديث: ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) [صحيح] أخرجه: الدارقطني في (سننه) [٣/ ٢٧٦]، والبيهقي في (السنن الكبرى) [٧/ ٤٠٩]، من حديث: ابن عمر رضي الله عنهما.

قلتُ: حديث صحيح. ينظر: (السلسلة الصحيحة) الألباني [رقم/ ٢٤٦٥].

تَنْبيهٌ: وسُقوطُ الحدِّ عنه، ووُجوبُ حَدِّ زِناها. وانْتِفاءُ نَسَبِ نَفاه بِلِعانِه، وإنّما يَحْتاجُ إلى نَفْيِ مُمكِنٍ منه، فإنْ تَعَذَّرَ بأنْ ولَدَتْه لِسِتّةِ أشْهُرٍ مِن العقْدِ أو طَلَّقَ في مَجْلِسِه، أو نَكَحَ وهو بالمشْرِقِ وهي بالمغْرِبِ لم يَلْحَقْهُ، وله نَفْيُه مَيِّتًا، والنَّفْيُ على الفوْرِ في الجديدِ ويُعْذَرُ لِعُذْرٍ، ....

نفسه أي أكذَبَه نفسه بَعيدٌ؛ لأنّ المُرادَ هنا بالإكْذابِ نِسبةُ الكذِبِ إليه ظاهرًا لِتَتَرَتَّبَ عليه أحكامُه وذلك لا يظهرُ إسنادُه لِلنّفسِ وحينئذٍ فليس هذا نظيرَ ما حَدَّثت به أنْفُسَها المُجوَّزَ فيه الأمرانِ؛ لأنّ التحديثَ يصحُّ نِسبةُ إيقاعِه إلى الإنسانِ وإلى نفسِه كما هو واضِحٌ (وسُقوطُ الحدِّ) أو التعزيرِ الواجبِ لها عليه والفِسقُ (عنه) بسببِ قذفِها للآيةِ، وكذا قذفُ الزّاني إنْ سمّاه في لِعانِه (ووجوبُ حَدِّ زِناها) المُضافِ لِحالةِ النّكاحِ إنْ لم تَلْتَعِنْ ولو ذِمّيّةً وإنْ لم ترضَ بحكمِنا؛ لأنّهم بعدَ التّرافُعِ إلينا لا يُعْتَبَرُ رِضاهم أمّا الذي قبلَ النّكاحِ فسيأتي.

(وانتفاءُ نَسَبِ نَفاه بلِعانِه) أي فيه لِخبرِ الصّحيحَين بذلك وسُقوطُ حَصانَتِها في حَقِّه فقط إنْ لم تَلْتَعِنْ أو التعنَتْ وقَذَفَها بذلك الزّنا أو أطلقَ؛ لأنّ اللِّعانَ في حَقِّه كالبيِّنةِ وحَلَّ نحوُ أختِها والتّشطيرُ قبلَ الوطءِ (وإنّما يُحتاجُ إلى نفيِ) ولَدٍ (ممكنٍ) كونُه (منه فإنْ تعذّرَ) لُحوقُه به (بأنْ ولَدَتْه) وهو غيرُ تامٍّ لِدونِ ما مَرَّ في الرّجعةِ أو وهو تامٌّ (لِستّةِ أشهرٍ) فأقَلَّ (من العقدِ) لانتفاءِ لَحْظَتَي الوطءِ والوضعِ (أو) لأكثرَ ولكن (طَلَّقَ في مجلِسِه) أي العقدِ (أو نَكحَ) صَغيرًا أو ممسوحًا أو (وهو بالمشرِقِ وهي بالمغربِ) ولم يَمْضِ زَمَنٌ يُمْكِنُ فيه اجتماعُهما ولا وُصولُ مائِه إليها كما هو ظاهرٌ عادةً فلا نَظَرَ لِوُصولِ ممكنٍ كرامةً كما مَرَّ.

(لم يَلْحَقْه) لاستحالةِ كونِه منه فلم يحتج في انتفائِه عنه إلى لِعانٍ (وله نفيُه) أي الممكنِ لُحوقُه به واستلْحاقُه (مَيّتًا) لِبَقاءِ نَسَبه بعدَ موته وتسقطُ مُؤْنةُ تجهيزِ الأوّلِ عنه ويَرِثُ الثاني ولا يصحُّ نفيُ مَنِ استَلْحَقَه ولا ينتَفي عنه مَنْ وُلِدَ على فِراشِه وأمكنَ كونُه منه إلا باللِّعانِ ولا أثَرَ لِقولِ الأُمِّ حَمَلْت به من وطْءِ شُبهةٍ أو استدخالِ مَنيِّ غيرِ الزوجِ وإنْ صَدَّقَها الزوجُ؛ لأنّ الحقَّ للوَلَدِ والشّارِعُ أناطَ لُحوقَه بالفِراشِ حتى يوجد اللِّعانُ بشُروطِه (والنّفيُ على الفوْرِ في الجديدِ)؛ لأنّه شُرِعَ لِدَفْعِ الضّرَرِ فكان كالرّدِّ بالعيْبِ والأخذِ بالشُّفْعةِ فيأتي الحاكِمُ ويُعْلِمُه بانتفائِه عنه ويُعْذَرُ في الجهْلِ بالنّفْيِ أو الفوْريّةِ فيُصَدَّقُ فيه بيَمينِه إنْ كان عامّيًّا لِخَفائِه على العوامّ وإنْ خالَطوا العُلَماءَ وخرج بالنّفْيِ اللِّعانُ فلا يجبُ فيه فوْرٌ (ويُعْذَرُ) في تأخيرِ النّفْيِ (لِعُذْرٍ) مِمّا مَرَّ في أعذارِ الجُمُعةِ نعم، يلزمُه إرْسالُ مَنْ يُعْلِمُ الحاكِمَ فإنْ عَجَزَ فالإشهادُ وإلا بَطَلَ حَقُّه كغائِبٍ أخَّرَ السّيْرَ لِغيرِ عُذْرٍ أو سارَ أو تأخَّرَ لِعُذْرٍ ولم يُشْهِدْ والتعبيرُ بأعْذارِ الجُمُعةِ هو ما قاله شارِحٌ ومقتضى تَشْبيهِهم لِما هنا بالرّدِّ بالعيْبِ والشُّفْعةِ أنّ المعتبَرَ أعذارُهما وهو ظاهرٌ إنْ كانت أضْيَقَ لَكِنّا وجَدْنا من أعذارِهما إرادةُ دخولِ الحمّامِ ولو لِلتنظيفِ كما شَمِله إطلاقُهم والظّاهرُ أنّ هذا ليس عُذْرًا في الجُمُعةِ ومن أعذارِهما أكلُ كريهٍ ويَبْعُدُ كونُه عُذْرًا هنا

وله نَفْيُ حَملٍ وانْتِظارُ وضْعِه، ومَنْ أَخَّرَ وقال جَهِلْت الوِلادةَ صُدِّقَ بيَمينِه إنْ كان غائِبًا وكذا الحاضِرُ في مُدّةٍ يُمكِنُ جَهْلُه فيها، ولو قيلَ لَه: مُتِّعْت بوَلَدِك، أو جَعَلَه اللّه لَكَ ولَدًا صالِحًا فقال آمينَ أو نَعَم تَعَذَّرَ نَفْيُه، وإنْ قال جَزاكَ اللّه خَيْرًا، أو بارَكَ عَلَيْك فلا، وله اللِّعانُ مع إمكانِ بيِّنةٍ بزِناها، ولها لِدَفْعِ حَدِّ الزِّنا.

فَصْلٌ

له اللِّعانُ لِنَفْيِ ولَدٍ وإنْ عَفَتْ عَن الحدِّ وزالَ النِّكاحُ، ولِدَفْعِ حَدِّ القذْفِ ....

وإنْ قُلْنا إنّه عُذْرٌ في الشّهادةِ على الشّهادةِ كما يأتي في بابِها فالوجه اعتبارُ الأضْيَقِ من تلك الأعذارِ.

(وله نفيُ حملٍ) كما صَحَّ أنّ هِلالَ بنَ أُمَيّةَ لاعَنَ عن الحملِ (و) له (انتظارُ وضْعِه) ليعلَمَ كونَه ولَدًا إذْ ما يُظَنُّ حملاً قد يكونُ نحوَ ريحٍ لا لِرَجاءِ موته بعدَ علمِه ليكفيَ اللِّعانُ فلا يُعْذَرُ به بل يَلْحَقُه لِتقصيرِه (ومَن أَخَّرَ) النّفيَ (وقال جَهِلْت الوِلادةَ صُدِّقَ بيَمينِه إنْ) أمكنَ عادةً كأنْ (كان غائِبًا)؛ لأنّ الظّاهرَ يشهَدُ له ومن ثَمَّ لو استَفاضَتْ وِلادَتُها لم يُصَدَّقْ (وكذا) يُصَدَّقُ مُدَّعي الجهْلَ بها (الحاضِرُ) إن ادَّعَى ذلك (في مُدّةٍ يُمْكِنُ جَهلُه) به (فيها) عادةً كأنْ بَعُدَ مَحَلُّه عنها ولم يستَفِضْ عندَه لاحتمالِ صِدْقِه حينئذٍ بخلافِ ما إذا انتفَى ذلك؛ لأنّ جَهْلَه به إذَنْ خلافُ الظّاهرِ ولو أخبَرَه عَدْلُ رِوايةٍ لم يُقْبل منه قولُه: لم أُصَدِّقْه وإلا قُبِلَ بيَمينِه.

(ولو قيلَ له) وهو مُتَوَجِّهٌ للحاكِمِ، أو وقد سقَطَ عنه التّوَجُّه إليه لِعُذْرٍ به (مُتِّعْت بوَلَدِك أو جعله اللّه لَك ولَدًا صالِحًا فقال آمين أو نَعَم،) ولم يكن له ولَدٌ آخرُ يشتَبِه به ويَدَّعي إرادَتَه (تعذَّرَ نفيُه) ولَحِقَه لِتَضَمُّنِ ذلك منه رِضاه به.

(وإنْ قال) في أحدِ الحالينِ السّابِقَين (جَزاك اللّه خيرًا أو بارَك عليك فلا) يَتعذَّرُ النّفيُ لاحتمالِ أنّه قصَدَ مُجَرَّدَ مُقابَلةِ الدُّعاءِ.

(وله اللِّعانُ) لِدَفْعِ حَدٍّ أو نفيِ ولَدٍ (مع إمكانِ) إقامةِ (بيِّنةٍ بزِناها)؛ لأنّ كلًّا حُجّةٌ تامّةٌ وظاهرُ الآيةِ المشترَطُ لِتعذُّرِ البيِّنةِ صَدَّ عنه الإجماعُ وكأنّ ناقِلَه لم يعتَدَّ بالخلافِ فيه لِشُذوذِه على أنّ شرطَ حُجّيّةِ مفهومِ المُخالَفة أنْ لا يكونَ القيْدُ خرج على سبَبٍ وسببُ الآيةِ كان الزوجُ فيه فاقِدًا للبَيِّنةِ (ولها) اللِّعانُ بل يلزمُها إنْ صُدِّقت كما قاله ابنُ عبدِ السّلام وصَوَّبوه (لِدَفْعِ حَدِّ الزِّنا) المُتَوَجِّه عليها بلِعانِه لا بالبيِّنةِ؛ لأنّه حُجّةٌ ضعيفة فلا يُقاوِمُها ولا فائِدةَ لِلِعانِها غيرُ هذا.

فصلٌ

(له اللِّعانُ لِنفيِ ولَدٍ) بل يلزمُه إذا علم أنّه ليس منه كما مَرَّ بتفصيلِه (وإنْ عفت عن الحدِّ وزَوالِ النِّكاحِ) بطلاقٍ أو غيرِه ولو أقامَ بيِّنةً بزِناها لِحاجَته إليه بل هي آكَدُ من حاجَته لِدَفْعِ الحدِّ (و) له اللِّعانُ بل يلزمُه إنْ صَدَقَ كما قاله ابنُ عبدِ السّلامِ (لِدَفعِ حَدِّ القذفِ) إنْ طلبتْه هي أو الزّاني.

وإنْ زالَ النِّكاحُ، ولا ولَدَ، ولِتَعْزِيرِه، لا تَعْزِيرَ تأديبٍ لِكَذِبٍ كَقَذْفِ طِفْلَةٍ لا توطأُ، ولو عَفَتْ عَن الحدِّ أو أقامَ بَيِّنةً بزناها أو صَدَّقَتْه ولا ولَدَ أو سَكَتَتْ عن طَلَبِ الحدِّ أو جُنّتْ بعد قَذْفِه فلا لِعانَ في الأَصَحِّ.

ولو أبانَها أو ماتَتْ ثم قَذَفَها بزِنًا مُطْلَقٍ أو مُضافٍ إلى ما بعد النِّكاحِ لاعَنَ إنْ كان ولَدٌ يَلْحَقُه فإنْ أضافَ إلى ما قبلَ نِكاحِه فلا لِعانَ إنْ لم يَكُنْ ولَدٌ وكذا إنْ كان في الأَصَحِّ لكِنْ له ....

(وإنْ زالَ النكاحُ ولا ولَدَ) إظْهارًا لِصِدْقِه ومُبالَغةً في الانتقام منها (ولِ)دَفْعِ (تعزيرِه) لِكونِها ذِمّيّةً مثلًا، وقد طلبتْه (إلا تعزيرَ تأديبٍ) لِصِدْقِه ظاهرًا كقذفِ مَنْ ثَبَتَ زِناها ببَيِّنةٍ أو إقرارٍ أو لِعانِه مع امتناعِها منه؛ لأنّ اللِّعانَ لإظْهارِ الصِّدْقِ وهو ظاهرٌ فلا معنى له أو لِكَذِبه الضّروريِّ (كقذفِ طِفْلةٍ لا توطَأُ) أي لا يُمْكِنُ وطْؤُها وكقذفِ كبيرةٍ نحوِ قُرَناءَ أو بوَطْءِ نحوِ ممسوحٍ فلا يُلاعِنُ لإسقاطِه وإنْ بَلَغَتْ وطالَبَتْه إذْ لا عارَ يَلْحَقُها به للعلم بكذِبه فلا يُمَكَّنُ من الحلِفِ على صِدْقِه وإنّما زُجِرَ حتى لا يَعودَ للإيذاءِ والخوضِ في الباطِلِ ومن ثَمَّ يستوفيه القاضي لِلطِّفْلةِ بخلافِ الكبيرةِ لا بُدَّ من طَلَبِها ومَحَلُّ ما ذُكِرَ في نحوِ القرْناءِ حيثُ لم يُرِدْ وطْءَ دُبُرِها وإلا فهو من الأوّلِ وما عدا هذينِ أعني ما عُلِمَ صِدْقُه أو كذِبُه يُقالُ له تعزيرُ التّكْذيبِ لِما فيه من إظْهارِ كذِبه بقيامِ العُقوبةِ عليه وهو من جُمْلةِ المُستثنَى منه ولا يُستوفَى إلا بطَلَبِ المقذوفِ.

(ولو عَفَت عن الحدِّ) أو التعزيرِ (أو أقامَ بَيّنةً بزناها) أو إقرارِها به (أو صَدَّقته) فيه (ولا ولَدَ) ولا حملَ ينفيه (أو سكتَتْ عن طَلَبِ الحدِّ) بلا عَفْوٍ (أو جَنّتْ بعدَ قذفِه) ولا ولَدَ ولا حملَ أيضًا (فلا لِعانَ) في المسائلِ الخمسِ ما دامَ السُّكوتُ أو الجُنونُ في الأخيرَتَين (في الأصحِّ) إذْ لا حاجةَ إليه في الكلِّ سيَّما الثانيةَ والثالِثةَ لِثُبوت قولِه بحُجّةٍ أقوى من اللِّعانِ أمّا مع ولَدٍ أو حملٍ ينفيه فيُلاعِنُ جَزْمًا وإذا لَزِمَه حَدٌّ بقذفِ مجنونةٍ بزِنًا أضافَه لِحالِ إفاقَتِها أو تعزيرٍ بما لم يُضِفْه أو بقذفِ صَغيرٍ انْتُظِرَ طَلَبُهما بعدَ كمالِهما ولا تُحَدُّ مجنونةٌ بلِعانِه حتى تُفيقَ وتمتَنِعَ من اللِّعانِ.

(ولو أبانَها) بواحدةٍ أو أكثرَ (أو ماتتْ، ثمّ قذَفَها) فإنْ قذَفَها (بزِنًا مُطلَقٍ أو مُضافٍ إلى ما) أي زَمَنٍ (بعدَ النكاحِ لاعَنَ) لِلنّفْيِ (إنْ كان) هناك (ولَدٌ) أو حملٌ على المعتمدِ (يَلْحَقُه) ظاهرًا وأرادَ نفيَه في لِعانِه للحاجةِ إليه حينئذٍ كما في صُلْبِ النّكاحِ وحينئذٍ يسقُطُ عنه حَدُّ قذفِه لها ويلزمُها بهِ حَدُّ الزِّنا إنْ أضافَه لِلنّكاحِ ولم تُلاعِنْ هي كالزوجةِ بخلافِ ما إذا انتفَى الولدُ عنه فيُحَدُّ ولا لِعانَ (فإنْ أضافَ) الزِّنا الذي رَماها به (إلى ما) أي زَمَنٍ (قبلَ نِكاحِه) أو بعدَ بَيْنونَتِها (فلا لِعانَ) جائزٌ إنْ لم يكن ولَدٌ ويُحَدُّ لِعدمِ احتياجِه لِقذفِها حينئذٍ كالأجنبيّةِ.

(وكذا) لا لِعانَ (إنْ كان) ولَدٌ (في الأصحِّ) لِتقصيرِه بالإسنادِ لِما قبلَ النّكاحِ ورُجِّحَ في الصّغيرِ المُقابِلِ واعتمده الإسنَويُّ؛ لأنّه الذي عليه الأكثرون، وقد يُعْتَقَدُ أنّ الولدَ من ذلك الزِّنا (لكن له) بل

إنْشاءُ قَذْفٍ ويُلاعِنُ، ولا يَصِحُّ نَفْيُ أحَدِ تَوْأمَيْنِ.

يلزمُه إنْ علم زِناها أو ظَنّه كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ (إنشاءُ قذفٍ) مُطْلَقٍ أو مُضافٍ لِما بعدَ النّكاحِ بناءً على أنّه لا يُلاعِنُ (ويُلاعِنُ) حينئذٍ لِنفيِ النّسَبِ لِلضَّرورةِ فإنْ أبى حُدَّ.

(ولا يصحُّ نفيُ أحدِ توأمَين) وإنْ ولَدَتْهما مُرَتَّبًا ما لم يكن بين وِلادَتِهِما ستّةُ أشهرٍ لِجَرَيانِ العادةِ الإلَهيّةِ بعدمِ اجتماعِ ولَدٍ في الرّحِم من ماءِ رجلٍ ووَلَدٍ من ماءٍ آخرَ؛ لأنّ الرّحِمَ إذا اشتَمَلَ على مَنيٍّ فيه قوّةُ الإحبالِ انسَدَّ فمُه عليه صونًا له من نحوِ هَواءٍ فلا يقبَلُ مَنيًّا آخرَ فلم يتبَعَّضا لُحوقًا ولا انتفاءً فإنْ نَفَى أحدَهما واستَلْحَقَ الآخرَ أو سكتَ عن نفيِه أو نَفاهما، ثمّ استَلْحَقَ أحدَهما لَحِقاه وغَلَّبوا الاستلْحاقَ على النّفْيِ لِقوَّته بصحّته بعدَ النّفْيِ دون النّفْيِ بعدَه احتياطًا لِلنّسَبِ ما أمكنَ ومن ثَمَّ لَحِقَه ولَدٌ أمكنَ كونُه منه بغيرِ استلْحاقٍ ولم ينتَفِ عنه عندَ إمكانِ كونِه من غيرِه إلا بالنّفْيِ أمّا إذا كان بين وضْعَيْهِما ستّةُ أشهرٍ على ما مَرَّ في تعليقِ الطّلاقِ بالحملِ فهما حملانِ كما سيذكرُه فيصحُّ نفيُ أحدِهِما فقط.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب العِدَدِ

عِدّةُ النّكاحِ ضَرْبانِ الأوّلُ يَتعلّقُ بفُرْقة حَيٍّ بطلاقٍ وفسخٍ وإنّما تجبُ بعدَ وطْءٍ أو استِدْخالِ مَنيِّه، ....

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتابُ العِدَدِ

جمعُ عِدّةٍ من العددِ لاشتمالِها على عددِ أقراءٍ أو أشهرٍ غالبًا وهي شرعًا مُدّةُ تَربُّصِ المرأةِ لِتعرِفَ براءةَ رَحِمِها من الحملِ أو لِلتَّعبُّدِ وهو اصطِلاحًا ما لا يُعْقَلُ معناه عبادةً كان أو غيرَها وقولُ الزّركشيّ لا يُقالُ فيها تعبُّدٌ؛ لأنّها ليستْ من العبادات المحضةِ عجيبٌ أو لِتَفجُّعِها على زوجٍ مات وأُخِّرَتْ إلى هنا لِتَرتُّبِها غالبًا على الطّلاقِ واللِّعانِ وأُلحِقَ الإيلاءُ والظِّهارُ بالطّلاقِ؛ لأنّهما كانا طلاقًا ولِلطَّلاقِ تعلُّقٌ بهما والأصلُ فيها الكِتابُ والسُّنّةُ والإجماعُ وهي من حيثُ الجُمْلةُ معلومةٌ من الدّينِ بالضّرورةِ كما هو ظاهرٌ، وقولِهم لا يُكفَّرُ جاحِدُها؛ لأنّها غيرُ ضَروريّةٍ ينبغي حملُه على بعضِ تَفاصيلِها وشُرِعَتْ أصالةً صونًا لِلنّسَبِ عن الاختلاطِ وكُرِّرَت الأقراءُ المُلْحَقُ بها الأشهرُ مع حُصولِ البراءةِ بواحدٍ استظْهارًا واكتُفِيَ بها مع أنّها لا تُفيدُ تَيَقُّنَ البراءةِ؛ لأنّ الحامِلَ تَحيضُ؛ لأنّه نادِرٌ.

(**عِدّةُ النّكاحِ**) وهو الصّحيحُ حيثُ أُطْلِقَ (**ضَرْبانِ الأوّلُ يَتعلّقُ بفُرْقة**) زوجٍ (**حَيٍّ بطلاقٍ و**) في نُسَخٍ أو وهي أوضَحُ (**فسخٍ**) بنحوِ عَيْبٍ أو انفِساخٍ بنحوِ لِعانٍ؛ لأنّه في معنى الطّلاقِ المنصوصِ عليه. وخرج بالنّكاحِ الزِّنا فلا عِدّةَ فيه اتِّفاقًا ووَطْءُ الشُّبْهةِ فإنّه ليس ضَرْبَين بل ليس فيه إلا ما في فُرْقة الحيِّ وهو كلُّ ما لم يوجِبْ حَدًّا على الواطِئِ وإنْ أوجَبَه على الموطوءةِ كوَطْءِ مجنونٍ أو مُراهِقٍ أو مُكْرَهٍ كامِلةً ولو زِنًا منها فتَلْزَمُها العِدّةُ لاحترامِ الماءِ (**وإنّما تجبُ**) أي عِدّةُ النّكاحِ المذكورِ فالحصْرُ صحيحٌ خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه فقال قضيّتُه حَصْرُ الوطءِ فيما ذُكِرَ قبله من فُرْقة الزوجِ ولا ينحَصِرُ فإنّ الوطءَ في النّكاحِ الفاسِدِ ووَطْءُ الشُّبْهةِ موجِبٌ لها اهـ.

ووجه الوهْمِ أنّ الحصْرَ إنّما هو لِوجوبِها بنحوِ الوطءِ بالنّسبةِ لِلنّكاحِ الصّحيحِ وهذا لا يَرِدُ عليه شيءٌ على أنّ تعبيرَه بحَصْرِ الوطءِ إلى آخِرِه لا يُناسِبُ الاصطِلاحَ وهو أنّ المحصورَ هو الأوّلُ والمحصورَ فيه هو الأخيرُ (**بعدَ وطْءٍ**) بذكرٍ مُتَّصِلٍ ولو في دُبُرٍ من نحوِ صَبيٍّ تَهَيَّأَ للوَطْءِ وخَصيٍّ وإنْ كان الذّكرُ أشَلَّ على الأوجَه أمّا قبله فلا عِدّةَ للآيَةِ كزوجةِ مجبوبٍ لم تَستَدْخِلْ مَنيَّه وممسوحٍ مُطْلَقًا إذْ لا يَلْحَقُه الولدُ (**أو**) بعدَ (**استدخالِ مَنيِّه**) أي الزوجِ المُحْتَرَمِ وقتَ إنْزالِه واستدخالِه ولو مَنيَّ مجبوبٍ؛ لأنّه أقرَبُ للعُلوقِ من مُجَرَّدِ إيلاجٍ قُطِعَ فيه بعدمِ الإنزالِ وقولُ الأطِبّاءِ الهواءُ يُفْسِدُه فلا

وإنْ تَيَقَّنَ بَراءةَ الرّحِم، لا بخَلْوةٍ في الجديدِ، وعِدّةُ حُرّةٍ ذاتِ أَقْراءٍ ثَلاثةٌ، والقرْءُ: الطُّهْرُ، فإنْ طَلُقَتْ طاهِرًا انْقَضَتْ بالطّعْنِ في حَيْضةٍ ثالِثةٍ، أو حائضًا ففي رابِعةٍ، ....

يتأتّى منه ولَدٌ ظَنٌّ لا يُنافي الإمكان. ومن ثَمَّ لَحِقَ به النّسَبُ أيضًا أمّا غيرُ المُحْتَرَمِ عندَ إنْزالِه بأنْ أنْزَله من زِنًا فاستَدْخَلَتْه زوجَتُه وهل يَلْحَقُ به ما استنزَله بيَدِه لِحرمَته أو لا لِلاختلافِ في إباحَته كلٌّ مُحْتَمَلٌ والأقرَبُ الأوّلُ فلا عِدّةَ فيه ولا نَسب يَلْحَقُ به واستدخالُها مَنيَّ مَنْ تَظُنُّه زوجَها فيه عِدّةٌ ونَسَبٌ كوَطْءِ الشُّبْهةِ كذا قالاه والتّشبيه بوَطْءِ الشُّبْهةِ الظّاهرِ في أنّه نزل من صاحِبه لا على وجه سِفاحٍ يُدْفَعُ استشْكالُه بأنّ العبرةَ فيهما بظَنِّه لا ظَنِّها ومَرَّ في مُحَرَّمات النّكاحِ بَسطُ الكلام في ذلك وتجبُ عِدّةُ الفِراقِ بعدَ الوطءِ (وإنْ تيَقّنَ براءةَ الرّحِم) لِكونِه عَلَّقَ الطّلاقَ بها فوُجِدَتْ أو لِكونِ الواطِئِ طِفلًا أو الموطوءةِ طِفْلةً لِعمومِ مفهومِ قوله تعالى ﴿مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٧] وتعويلًا على الإيلاجِ لِظُهورِه دون المنيِّ المُسَبِّبِ عنه العُلوقُ لِخَفائِه فأعْرَضَ الشرعُ عنه واكتَفَى بسببه وهو الوطءُ أو دخولُ المنيِّ كما أعرَضَ عن المشقة في السّفَرِ واكتَفَى به؛ لأنّه مَظِنّتُها وبه يندَفِعُ اعتمادُ الزّركشيّ أنّ ابنَ سنةٍ مثلًا لا يُعْتَدُّ بوَطْئِه، وكذا صَغيرةٌ لا تحتَمِلُ الوطءَ (لا بخَلْوةٍ) مُجَرَّدةٍ عن وطْءٍ أو استدخالِ مَنيٍّ ومَرَّ بَيانُها في الصّداقِ فلا عِدّةَ فيها (في الجديدِ) للمفهومِ المذكورِ وما جاءَ عن عمرَ وعَليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا من وجوبِها مُنْقَطِعٌ.

(وعِدّةُ حُرّةٍ ذاتُ أقراءٍ) وإن اختلفت وتَطاوَلَ ما بينها (ثلاثةٌ) من الأقراءِ وإن استجلَبَتْها بدَواءٍ للآيةِ، وكذا لو كانت حامِلًا من زِنًا إذْ حملُ الزّنا لا حرمةَ له ولو جُهِلَ حالُ الحملِ ولم يُمْكِنْ لُحوقُه بالزوجِ حُمِلَ على أنّه من زِنًا كما نَقَلاه وأقَرّاه أمّا إذا أتَتْ به للإمكانِ منه فيَلْحَقُه كما اقتضاه إطلاقُهم وصرّح به البُلْقينيُّ وغيرُه ولم ينتَفِ عنه إلا باللِّعانِ ولو أقَرّتْ أنّها من ذَوات الأقراءِ، ثمّ كذَّبَتْ نفسَها وزعمت أنّها من ذَوات الأشهرِ لم تُقْبل؛ لأنّ قولها الأوّلَ يتضَمَّنُ أنّ عِدَّتَها لا تنقضي بالأشهرِ فلا يُقْبَلُ رُجوعُها عنه بخلافِ ما لو قالتْ لا أحيضُ زَمَنَ الرّضاعِ، ثمّ أكذَبَتْ نفسَها وقالتْ أحيضُ زَمَنَه فيُقْبَلُ كما جَزَمَ به بعضُهم؛ لأنّ الثانيَ مُتَضَمِّنٌ لِدعواها الحيضَ في زَمَنِ إمكانِه وهي مقبولةٌ وإنْ خالَفت عادتَها ولو التَحقت حُرّةٌ ذِمّيّةٌ بدارِ الحربِ، ثمّ استُرِقّتْ كمَّلَتْ عِدّةَ الحُرّةِ (والقُرءُ) بضَمِّ أوّلِه وفتحِه وهو أكثرُ مشترَكٌ بين الحيضِ والطُّهْرِ كما حُكيَ عليه إجماعُ اللُّغَويّين لكن المُرادُ هنا (الطُّهْرُ) المُحْتَوَشُ بدَمَين كما قاله جَماعةٌ من الصّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ إذِ القُرءُ الجمعُ وهو في زَمَنِ الطُّهْرِ أظهرُ واستعمالُ قرأ بمعنى غابَ نادِرٌ.

(فإنْ طَلُقَت طاهرًا)، وقد بَقِيَ من الطُّهرِ لَحظةٌ (انقضت بالطّعْنِ في حيضةٍ ثالثةٍ) لإطلاقِ القُرءِ على أقَلِّ لَحظةٍ من الطُّهْرِ وإنْ وطِئَ فيه ولأنّ إطلاقَ الثلاثةِ على اثنين وبعضِ الثالثِ سائغٌ كما في ﴿ٱلۡحَجُّ أَشۡهُرٞ مَّعۡلُومَٰتٞۚ﴾ [البقرة:١٩٧] أمّا إذا لم يَبْقَ منه ذلك كأنت طالِقٌ آخِرَ طُهْرِك فلا بُدَّ من ثلاثةِ أقراءٍ كوامِلَ (أو) طَلُقت (حائضًا) وإنْ لم يَبْقَ من زَمَنِ الحيضِ شيءٌ (ف)تنقَضي عِدَّتُها بالطّعْنِ (في) حيضةٍ (رابِعةٍ) إذْ

وفي قولٍ يُشْتَرَطُ يَوْمٌ ولَيْلَةٌ بعد الطّعْنِ، وَهَلْ يُحْسَبُ طُهْرُ مَنْ لم تَحِضْ قَرْءًا ؟ قولانِ، بناءً على أنّ القرْءَ، انْتِقالٌ من طُهْرٍ إلى حَيْضٍ، أم طُهْرٌ مُحْتَوَشٌ بدَمَيْنِ، والثّاني أظْهَرُ، وَعِدّةُ مُسْتَحاضَةٍ، بأقْرائِها المرْدودةِ إليها ومُتَحَيِّرةٍ بثَلاثَةِ أشْهُرٍ في الحالِ، وقيلَ بعد اليأسِ ....

ما بَقِيَ من الحيضِ لا يُحْسَبُ قُرءًا قطعًا ؛ لأنّ الطُّهْرَ الأخيرَ إنّما يتبيَّنُ كمالُه بالشُّروعِ فيما يعقُبُه وهو الحيضةُ الرّابِعةُ (وفي قولٍ يُشتَرَطُ يومٌ وليلةٌ) بعدَ الطّعْنِ في الثالِثةِ في الأولى والرّابِعةِ في الثانيةِ إذْ لا يتحَقَّقُ كونُه دَمَ حيضٍ إلا بذلك وعلى هذا فهما ليسا من العِدّةِ كزَمَنِ الطّعْنِ على الأوّلِ بل ليتبيَّنَ بهما كمالُها فلا يصحُّ فيهما رَجعةٌ وينكِحُ نحوَ أختها وقيلَ منها (وهل يُحْسَبُ طُهرُ مَنْ لم تَحِضْ) أصلاً (قُرءًا) أو لا يُحْسَبُ (قولانِ بناءً على أنّ القُرءَ) هل هو (انتقالٌ من طُهرٍ إلى حيضٍ) فيُحْسَبُ (أم) الأفصَحُ أو على كلامٍ فيه مَبْسوطٌ مَرَّ في الوصيّةِ بجامِعِ أنّ الاستفهامَ هنا لِطَلَبِ التّصْديقِ كهو ثَمَّ (طُهرٌ مُحتَوَشٌ) بفتحِ الواوِ (بدَمَين) حيضَين أو نِفاسين أو حيضٍ ونِفاسٍ فلا يُحْسَبُ.

(والثاني) من المبنيِّ عليه (أظهرُ) فيكونُ الأظهرُ في المبنيِّ عدمُ حُسبانِه قُرءًا فإذا حاضَتْ بعدَه لم تنقَضِ عِدَّتُها إلا بالطّعْنِ في الرّابِعةِ كمَنْ طَلُقت في الحيضِ وذلك لِما مَرَّ أنّ القُرءَ الجمعُ والدّمُ زَمَنَ الطُّهْرِ يتجَمَّعُ في الرّحِمِ وزَمَنَ الحيضِ يتجَمَّعُ بعضُه ويسترسِلُ بعضُه إلى أنْ يندَفِعَ الكلُّ وهنا لا جمعَ ولا ضَمَّ ولا يُعارِضُ هذا التّرجيحَ ترجيحُهم وُقوعَ الطّلاقِ حالاً فيما إذا قال لِمَنْ لم تَحِضْ قطُّ أنت طالِقٌ في كلِّ قُرءٍ طَلْقة ؛ لأنّ القُرءَ اسمٌ لِلطُّهرِ فوقع الطّلاقُ لِصِدْقِ الاسمِ، وأمّا الاحتواشُ هنا فإنّما هو شرطٌ لانقضاءِ العِدّةِ ليَغْلِبَ ظَنُّ البراءةِ.

(وعِدّةُ) حُرّةٍ أو أمةٍ (مُستحاضةٍ) غيرِ مُتَحَيِّرةٍ (بأقرائِها المزدودةِ) هي (إليها) حيضًا وطُهرًا فتَرِدُ مُعتادةٌ لِعادَتها فيهما ومُمَيِّزةٌ لِتمييزِها كذلك ومُبْتَدَأةٌ ليومٍ وليلةٍ في الحيضِ وتسعٍ وعِشرين في الطُّهرِ فعِدَّتُها تسعون يومًا من ابتداءِ الدّمِ لاشتمالِه كلَّ شهرٍ على حيضةٍ وطُهرٍ غالِبًا.

(و) عِدّةُ حُرّةٍ (مُتَحَيِّرةٍ بثلاثةِ أشهرٍ) هِلاليّةٍ نعم، إنْ وقَعَ الفِراقُ أثناءَ شهرٍ فإنْ بَقِيَ منه أكثرُ من خمسةَ عَشَرَ يومًا حُسِبَ قُرءًا لاشتمالِه على طُهْرٍ لا مَحالةَ فتعتَدُّ بعدَه بهلالينِ وإلا أُلْغِيَ واعتَدَّتْ من انقضائِه بثلاثةِ أهِلّةٍ (في الحالِ) لاشتمالِ كلِّ شهرٍ على ما ذُكِرَ وصَبْرُها لِسِنِّ اليأسِ فيه مَشَقة عَظيمةٌ وبه فارَقَ الاحتياطَ في العبادةِ إذْ لا تعظُمُ مَشَقَّتُه.

(وقيلَ) عِدَّتُها بالنّسبةِ لِحِلِّها للأزواجِ لا لِرَجْعةٍ وسُكْنَى ثلاثةُ أشهرٍ (بعدَ اليأسِ) ؛ لأنّها قبله مُتَوَقَّعةٌ للحيضِ المُتَيَقَّنِ هذا كلُّه إنْ لم تَحْفَظْ قدرَ دَوْرِها وإلا اعتَدَّتْ بثلاثةِ أدوارٍ بَلَغَت الثلاثةَ الأشهرَ أو لا ولو شَكَّتْ في قدرِ دَوْرِها لكن قالتْ أعلمُ أنّه لا يَزيدُ على سنةٍ جعلَت السّنةَ دَوْرَها على المعتمدِ في المجموعِ خلافًا لِمَنِ اعتمد الثلاثةَ المذكورةَ إلا أنْ تعلَمَ من عادَتها ما يقتضي زيادةً أو نَقصًا أمّا مَنْ فيها رِقٌّ فتعتَدُّ بشهرَين على الأوجَه بناءً على أنّ الأشهرَ غيرُ مُتأصِّلةٍ في حقِّها هذا إنْ طَلُقت أوّلَ الشّهرِ وإلا بأنْ بَقِيَ أكثرُه فبِباقيه والثاني أو دون أكثرِه فبِشهرَين بعدَ تلك البقيّةِ.

وأُمِّ ولَدٍ ومُكاتَبةٍ ومَنْ فيها رِقٌّ بقُرْأينِ، وإنْ عَتَقَتْ في عِدّةِ رَجْعةٍ كَمَّلَتْ عِدّةَ حُرّةٍ في الأَظْهَرِ، أو بَيْنونةٍ فأمةٍ في الأَظْهَرِ، وحُرّةٍ لم تَحِضْ أو يَئِسَتْ بثلاثةِ أشْهُرٍ، فإنْ طَلُقَتْ في أثْناءِ شَهْرٍ فَبعده هِلالانِ وتُكَمِّلُ المُنْكَسِرَ ثَلاثينَ، فإنْ حاضَتْ فيها وجَبَت الأقْراءُ، وأمةٍ بشَهْرٍ ونِصْفٍ، وفي قولٍ شَهْرانِ، وفي قولٍ ثَلاثةٌ ....

(و) عِدّةِ أمةٍ حتى (أُمِّ ولَدٍ ومُكاتَبةٍ ومَنْ فيها رِقٌّ) وإنْ قلَّ (بقُرأينِ)؛ لأنّ القِنّ على نصفِ ما للحُرّ وكمُلَ القُرءُ لِتعذُّرِ تنصيفِه وليس هذا من الأُمورِ الجِبْلّيّةِ التي يتساوَيانِ فيها؛ لأنّ ما زاد على القُرءِ هنا لِزيادةِ الاحتياطِ والاستظْهارِ وهي مطلوبةٌ في الحُرّةِ أكثرَ فخُصَّتْ بثلاثةٍ نعم، لو تزَوّجَ لَقيطةً، ثمّ أقَرّتْ بالرِّقِّ، ثمّ طَلَّقَها اعتدَّتْ عِدّةَ حُرّةٍ لِحَقِّه أو مات عنها اعتدّتْ عِدّةَ أمةٍ لِحقِّ اللّه تعالى (وإنْ عَتَقت) أمةٌ بسائرِ أحوالِها (في عِدّةٍ رجعيّةٍ)، وفي نُسَخٍ رَجْعةٍ وهي أوضَحُ؛ لأنّ إضافة العِدّةِ إلى الرّجعيّةِ توهِمُ أنّ الرّجْعيّةَ غيرُها (كمّلَتْ عِدّةَ حُرّةٍ في الأظهرِ)؛ لأنّ الرّجْعيّةَ زوجةٌ في أكثرِ الأحكامِ فكأنّها عَتَقت قبلَ الطّلاقِ (أو) في عِدّةِ (بَينونةٍ) أو وفاةٍ (فـ) لِتُكمِلَ عِدّةَ (أمةٍ في الأظهرِ)؛ لأنّ البائِنَ والتي في حكمِها كالأجنبيّةِ أمّا لو عَتَقت مع العِدّةِ كأنْ علّقَ طلاقَها وعتقَها بشيءٍ واحدٍ فتعتَدُّ عِدّةَ حُرّةٍ قطعًا.

(تنبيهٌ) العبرةُ في كونِها حُرّةً أو أمةً بظَنِّ الواطِئِ لا بما في الواقعِ حتى لو وطِئَ أمةَ غيرِه يَظُنُّها زوجَتَه الحُرّةَ اعتدَّتْ بثلاثةِ أقراءٍ أو حُرّةً يَظُنُّها أمَتَه اعتدَّتْ بقُرءٍ أو زوجَتَه الأمةَ اعتدَّتْ بقُرأينِ؛ لأنّ العِدّةَ حَقُّه فنيطَتْ بظَنِّه هذا ما قالاه وهو ظاهرٌ وإن اعْتُرِضَ بأنّ المنقولَ خلافُه ولو وطِئَ أمَتَه يَظُنُّ أنّه يَزْني بها اعتدَّتْ بقُرءٍ ولَحِقَه الولدُ ولا أثَرَ لِظَنِّه هنا لِفَسادِه ومن ثَمّ لم يُحَدَّ كما يأتي لِعدمِ تَحقُّقِ المفسَدةِ بل ولا يُعاقَبُ في الآخِرةِ عِقابَ الزّاني بل دونَه كما ذكرَه ابنُ عبدِ السّلامِ وغيرُه نعم، يُفَسَّقُ بذلك كما قاله ابنُ الصّلاحِ، وكذا كلُّ فعلٍ قدِمَ عليه يَظُنُّه معصيةً فإذا هو غيرُها.

(و) عِدّةُ (حُرّةٍ لم تَحِضْ) لِصِغَرِها أو لِعِلّةٍ أو جِبِلّةٍ مَنَعَتْها رُؤْيةَ الدّمِ أصلًا أو وُلِدَتْ ولم تَرَ دَمًا (أو يَئِسَتْ) من الحيضِ بعدَ أنْ رَأتْه (بثلاثةِ أشهرٍ) بالأهِلّةِ للآيةِ هذا إن انطَبَقَ الفِراقُ على أوّلِ الشّهرِ كأنْ عَلّقَ الطّلاقَ به أو بانسِلاخِ ما قبله (فإنْ طَلُقت في أثناءِ شهرٍ فبعدَه هِلالانِ ويُكمِّلُ) الأوّلَ (المُنْكَسِرُ) وإنْ نَقَصَ (ثلاثين) يومًا من الرّابعِ وفارَقَ ما مَرَّ في المُتَحيِّرةِ بأنّ التّكْميلَ ثَمّ لا يُحصِّلُ الغرَضَ وهو تَيَقُّنُ الطُّهرِ بخلافِه هنا؛ لأنّ الأشهرَ مُتأصِّلةٌ في حَقِّ هذه (فإنْ حاضَتْ فيها) أي أثناءَ الأشهرِ (وجَبَت الأقراءُ) إجماعًا؛ لأنّها الأصلُ ولم يَتِمَّ البدَلُ ولا يُحْسَبُ ما مَضى للأولى بأقسامِها قُرءًا كما مَرَّ وخرج بفيها بعدَها فلا يُؤَثِّرُ الحيضُ فيه بالنّسبةِ للأولى بأقسامِها بخلافِ الآيِسةِ كما يأتي.

(و) عِدّةُ (أمةٍ) يعني مَنْ فيها رِقٌّ لم تَحِضْ أو يَئِسَتْ (بشهرٍ ونصفٍ) لإمكانِ التّبعيضِ هنا بخلافِ القُرءِ إذْ لا يظهرُ نصفُه إلا بظُهورِ كلِّه فوَجَبَ انتظارُ عَوْدِ الدّمِ (وفي قولٍ عِدّتُها شهرانِ)؛ لأنّهما بَدَلُ القُرأينِ (وفي قولٍ) عِدّتُها (ثلاثةٌ) من الأشهرِ ورجحه جمعٌ لِعمومِ الآيةِ.

وَمَن انْقَطَعَ دَمُها لِعِلَّةٍ كَرَضاعٍ ومَرَضٍ تَصْبِرُ حتّى تَحيضَ أو تَيْأَسَ فَبالأشْهُرِ، أو لا لِعِلّةٍ فَكَذا في الجديدِ، وفي القديمِ تَتَرَبَّصُ تِسْعةَ أشْهُرٍ، وفي قولٍ أربَعَ سِنينَ ثم تَعْتَدُّ بالأشْهُرِ، فَعلى الجديدِ لو حاضَتْ بعد اليأسِ في الأشْهُرِ وجَبَت الأقْراءُ، أو بعدها فأقْوالٌ أظْهَرُها إنْ نُكِحَتْ فلا شَيْءَ وإلّا فالأقْراءُ، ....

(فرع): أطلقَ في الروضةِ أنّ المجنونةَ تعتَدُّ بالأشهرِ ويَتعيَّنُ حملُه على ما إذا انبَهَمَ زَمَنُ حيضِها ولم يُعْرَفْ إذْ غايَتُها أنّها حينئذٍ كالمُتَحَيِّرةِ أمّا إذا عُرِفَ حيضُها فتعتَدُّ به.

(ومَنِ انقَطَعَ دَمُها لِعِلّةٍ) تُعْرَفُ (كرَضاعٍ ومَرَضٍ) وإنْ لم يُرْجَ بُرْؤُه على الأوجَه خلافًا لِما اعتمده الزّركشيُّ (تصبِرُ حتى تَحيضَ) فتعتَدُّ بالأقراءِ (أو) حتى (تَيأسَ فـ) تعتَدَّ (بالأشهرِ) وإنْ طالَت المُدّةُ وطالَ ضَرَرُها بالانتظارِ؛ لأنّ عُثمانَ رضي الله عنه حكم بذلك في المُرْضِعِ رَواه البيْهَقيُّ بل قال الجوَيْنيُّ هو كالإجماعِ من الصّحابةِ رضي الله عنهم (أو) انقَطَعَ (لا لِعِلّةٍ) تُعْرَفُ (فكذا) تصبِرُ لِسِنِّ اليأسِ إنْ لم تَحِضْ (في الجديدِ)؛ لأنّها لِرَجائِها العودَ كالأولى ولهذه ومَنْ لم تَحِضْ أصلًا وإنْ لم تبلُغْ خمسَ عَشْرَ سنةً استعجالُ الحيضِ بدَواءٍ وزَعْمُ أنّ استعجالَ التّكليفِ ممنوعٌ ليس في مَحَلِّه كما هو ظاهرٌ (وفي القديم) وهو مذهبُ مالِكٍ وأحمَدَ (تَتَرَبَّصُ تسعةَ أشهرٍ)، ثمّ تعتَدُّ بثلاثةِ أشهرٍ لِيُعْرَفَ فراغُ الرّحِمِ إذْ هي غالِبُ مُدّةِ الحملِ وانتصر له الشافعيُّ بأنّ عمرَ قضى به بين المُهاجِرين والأنصارِ رضي الله عنهم ولم يُنْكِرْ عليه ومن ثَمَّ اختارَه البُلْقينيُّ وقيلَ ثلاثةٌ من التسعةِ عِدَّتُها وبه أفتى البارزيُّ.

(وفي قولٍ) قديم أيضًا تَتَرَبَّصُ (أربعَ سِنين)؛ لأنّها أكثرُ مُدّةِ الحملِ فتَتيَقَّنُ براءةَ الرّحِمِ (ثمّ) إنْ لم يظهرْ حملٌ (تعتَدُّ بالأشهرِ) كما تعتَدُّ بالأقراءِ المُعلَّقُ طلاقُها بالوِلادةِ مع تيَقُّنِ براءةِ رَحِمِها. (فعلى الجديدِ لو حاضَتْ بعدَ اليأسِ في الأشهرِ) الثلاثةِ (وجَبَت الأقراءُ)؛ لأنّها الأصلُ ولم يَتمَّ البدَلُ ويُحْسَبُ ما مَضى قُرءًا قطعًا لاحتواشِه بدَمَين (أو) حاضَتْ (بعدَها) أي: الأشهرِ الثلاثةِ (فأقوالٌ أظهرُها إنْ نَكحَتْ) زوجًا آخرَ (فلا شيءَ) عليها؛ لأنّ عِدَّتَها انقضت ظاهرًا ولا ريبةَ مع تعلُّقِ حَقِّ الزوجِ بها (وإلا) تكن نَكحَتْ (فالأقراءُ) تجبُ عليها؛ لأنّه بانَ أنّها غيرُ آيِسةٍ وأنّها مِمَّنْ يَحِضْنَ مع عدمِ تعلُّقِ حَقٍّ بها ويُؤْخَذُ من قولِهم الآتي ويعتبر بعدَ ذلك بها غيرُها أنّ هذا التّفْصيلَ يَجْري في غيرِها فإذا صار أعلى اليأسِ في حَقِّ امرأةٍ سبعين مثلًا، ثمّ بَلَغَ ذلك غيرَها مِمَّن اعتَدَدْنَ بعدَ سِنِّ اليأسِ الذي هو اثنانِ وستّون بالأشهرِ فإنْ كان ذلك قبلَ أنْ ينكِحْنَ أعَدْنَ العِدّةَ بالأشهرِ بعدَ السّبْعين وبانَ أنّ العِدّةَ الأولى وقَعَتْ في غيرِ مَحَلِّها لِقولِهم؛ لأنّه بانَ أنّها غيرُ آيِسةٍ إلى آخِرِه أي لِما عُلِمَ أنّ جميعَ النّساءِ بعدَ بُلوغِ الخبرِ صِرْنَ كالمرأةِ الواحدةِ في إعطائِهِنّ حكمَ ذات الدّمِ كما ذُكِرَ أو بعدَ أنْ ينكِحْنَ صَحَّ نِكاحُهُنّ ولم يُحْكم عليهنّ بهذا الذي ثَبَتَ لِنظيرِ قولِهم؛ لأنّ عِدَّتَها انقضت إلَخ نعم، يتَرَدَّدُ النّظرُ هنا في أنّ العبرةَ في بُلوغِ ذلك لهنّ بزَمَنِ انقطاعِ دَمِ التي رَأتْ حتى يُنْظَرَ أنّ النّكاحَ وقَعَ قبله أم بعدَه أو بزَمَنِ بُلوغِ الخبرِ، كلٌّ مُحْتَمَلٌ وقياسُ تقريبِهم الخلافَ هنا به فيما لو باعَ مالَ أبيه ظانًّا

والمُعْتَبَرُ يأسُ عَشيرَتِها، وفي قولٍ: كُلُّ النِّساءِ قُلْت: ذا القوْلُ أظْهَرُ، واللَّه أعْلمُ.

فَصْلٌ

عِدَّةُ الحامِلِ بوَضْعِه بشَرْطِ نِسْبَتِه إلى ذي العِدَّةِ ولو احتِمالاً كَمَنْفيٍّ بِلِعانٍ ....

حياتَه فبانَ موتُه الأوّلُ اعتبارًا بما في نفسِ الأمرِ، وفي أنّ العبرةَ في البُلوغِ بثُبوت أنّ المرئيَّ حيضٌ وأنّه في زَمَنٍ سِنُّها فيه كذا وأنّه انقَطَعَ لِزَمَنٍ كذا أو يكفي إخبارُ التي رَأتْ بذلك كلِّه، كلٌّ مُحتَمَلٌ أيضًا والذي يُتَّجه الأوّلُ أخذًا من قولِهم في الطّلاقِ المُعلَّقِ بحيضِ الضَّرّةِ أنّه لا يُقْبَلُ قولُ المُعلَّقِ بحيضِها في حَقِّ غيرِها لإمكانِ إقامةِ البيِّنةِ على الحيضِ كما مَرَّ فكذا هنا لا يُقْبَلُ قولُها في حَقِّ غيرِها لهذا الإمكانِ نعم، يظهرُ أنّ مَنْ صَدَّقَها يقبَلُ قولها في حَقِّه بالنِّسبةِ لِما يَتعلَّقُ بها دون زوجِها ونحوِه فتأمّلْ ذلك كلَّه فإنّه مُهِمٌّ ولم أرَ مَنْ نَبَّهَ على شيءٍ منه.

(والمعتبَرُ) في اليأسِ على الجديدِ (يأسُ عَشيرَتها) أي نِساءِ أقارِبِها من الأبوَين الأقرَبِ إليها فالأقرَبِ لِتَقارُبهنّ طَبْعًا وخُلُقًا وبه فارَقَ اعتبارَ نِساءِ العصبةِ في مهرِ المثلِ؛ لأنّه لِشَرَفِ النَّسَبِ وخِسَّته ويُعْتَبَرُ أقَلُّهنّ عادةً وقيلَ أكثرُهنّ ورجحه في المطْلَبِ ومَنْ لا قريبةَ لها تُعْتَبَرُ بما في قولِه (وفي قولِه) يأسُ (كلِّ النّساءِ) في كلِّ الأزمِنةِ باعتبارِ ما يَبْلُغُنا خبرُه ويُعْرَفُ (قُلْت ذا القولُ أظهرُ والله أعلمُ)؛ لأنّ مَبنَى العِدّةِ على الاحتياطِ وطَلَبِ اليقينِ وحَدَّدوه باعتبارِ ما بَلَغَهم باثنتَين وسِتّين سنةً، وفيه أقوالٌ أُخَرُ أقصاها خمسٌ وثمانون وأدناها خمسون وتفصيلُ طُروِّ الحيضِ المذكورِ يَجْري نظيرُه في الأمةِ أيضًا.

(تنبيهٌ) رَأتْ بعدَ سِنِّ اليأسِ دَمًا وأمكنَ كونُه حيضًا صار أعلى اليأسِ زَمَنَ انقطاعِه الذي لا عَوْدَ بعدَه ويعتبر بعدَ ذلك بها غيرُها كذا قالوه هنا، وفيه إشكالٌ مَرَّ مع جوابه أوّلَ الحيضِ وهل يُقْبَلُ قولُ المرأةِ أنّها بَلَغَتْ سِنّ اليأسِ حتى تعتَدَّ بالأشهرِ أو لا بُدَّ من بَيِّنةٍ به جَزَمَ بعضُهم بالأوّلِ فقال تَحْلِفُ على ذلك، وفيه نَظَرٌ وقياسُ قولِهم لا يُقْبَلُ قولُ الإنسانِ أنّه بَلَغَ بالسِّنِّ إلا ببيِّنةٍ لِتَيسُّرِها أي غالبًا أنّ هذا كذلك وإنْ أمكنَ أنْ يُتَكلَّفَ فرقٌ بينهما إذِ الشّارِعُ جعلها أمينةً في جنسِ العِدّةِ دون البُلوغِ بالسِّنِّ.

فصلٌ

(عِدّةُ الحامِلِ) الحُرّةِ والأمةِ عن فِراقِ حَيٍّ أو مَيِّتٍ (بوَضْعِه) أي الحملِ للآيةِ (بشرطِ نِسبَتِه إلى ذي العِدّةِ) من زوجٍ أو واطِئٍ بشُبهةٍ (ولو احتمالاً كمنفيٍّ بلِعانٍ) وهو حملٌ؛ لأنّ نفيَه عنه غيرُ قطعيٍّ لاحتمالِ كذِبه ومن ثَمَّ لو استَلْحَقَه لَحِقَه أمّا إذا لم يُمْكِنْ كونُه منه كصَبيٍّ لم يَبْلُغْ تسعَ سِنين وممسوحٍ ذكرُه وأنثياه مُطْلَقًا أو ذكرُه فقط ولم يُمْكِنْ أنْ تَستَدْخِلَ مَنيَّه وإلا لَحِقَه وإنْ لم يَثْبُت الاستدخالُ وعلى هذا التّفصيلِ يُحْمَلُ بَحْثُ البُلْقينيِّ اللُّحوقَ وغيرُه عدمَه ومولودٌ لِدونِ ستّةِ أشهرٍ من العقدِ فلا تنقَضي به.

وانْفِصالِ كُلِّه حتّى ثاني تَوْأَمَيْنِ ومَتَى تَخَلَّلَ دونَ سِتّةِ أَشْهُرٍ فَتَوْأَمانِ وتَنْقَضي بمَيِّتٍ لا عَلَقةٍ، وبِمُضْغةٍ فيها صورةُ آدَميٍّ خَفيّةٌ أَخْبَرَ بها القوابِلُ، فإنْ لم يَكُنْ صورةٌ وقُلْنَ: هيَ أَصْلُ آدَميٍّ انْقَضَتْ على المذْهَبِ، ....

(و) بشرطِ (انفِصالِ كلِّه) فلا أثَرَ لِخُروجِ بعضِه واحتاجَ لهذا مع قولِه أوّلاً بوَضْعِه الصّريحِ في وضعِ كلِّه لاحتمالِه لِلشَّرْطيّةِ ومُجَرَّدُ التّصويرِ وزَعْمُ أنّه لا يُقالُ وضَعَتْ إلا إذا انفصَلَ كلُّه مَرْدودٌ (حتى تأتيَ توأمَين)؛ لأنّهما حملٌ واحدٌ كما مَرَّ واعلم أنّ التومَ بلا همزٍ اسمٌ لِمجموعِ الولدَين فأكثرَ في بَطْنٍ واحدٍ من جميعِ الحيوانِ ويُهْمَزُ كرجلٍ توأمٌ وامرَأةٌ توأمةٌ مُفْرَدٌ وتَثْنيَتُه توأمانِ كما في المتنِ واعتراضُه بأنّه لا تَثْنيةَ له وهْمٌ لِما عَلِمْت من الفرقِ بين التومِ بلا همزٍ والتوأمِ بالهمزِ وأنّ تَثْنيةَ المتنِ إنّما هي للمهموزِ لا غيرُ (ومتى تَخَلَّلَ دون ستّةِ أشهرٍ فتوأمانِ) أو ستّةٌ فلا بل هما حملانِ وإلحاقُ الغزاليِّ السِّتّةَ بما دونَها غَلَّطَه فيه الرّافِعيُّ ولَك أنْ تقولَ لا غَلَطَ؛ لأنّه لا بُدَّ من لَحْظةٍ للوَطْءِ أو الاستدخالِ عَقِبَ وضْعِ الأوّلِ حتى يكون منه هذا الحملُ الثاني وذلك يستَدْعي ستّةَ أشهرٍ ولَحْظةً فحيثُ انتفت اللّحْظةُ لَزِمَ نَقْصُ السِّتّةِ ويلزمُ من نَقْصِها لُحوقُ الثاني بذي العِدّةِ وتَوَقُّفُ انقضائِها عليه فإنْ قُلْت يُمكِنُ مُقارَنةُ الوطءِ أو الاستدخالِ للوَضْعِ فلا يُحتاجُ لِتقديرِ تلك اللّحْظةِ قُلْت هذا في غايةِ النُّدورِ مع أنّه يلزمُ عليه انتفاءُ الثاني عن ذي العِدّةِ مع إمكانِ كونِه منه المصْحوبِ بالغالِبِ كما عَلِمْت فلم يَجُزْ نفيُه عنه مُراعاةً لِذلك الأمرِ النّادِرِ إذِ النّسَبُ يُحْتاطُ له ويُكتَفى فيه بمُجَرَّدِ الإمكانِ فتأمّلْه لِيندَفِعَ به ما وقَعَ هنا لِشارِحٍ وغيرِه فيَلْحَقُ الثاني بذي العِدّةِ؛ لأنّه يُكْتَفَى في الإلحاقِ بمُجَرَّدِ الإمكانِ ويلزمُ من لُحوقِه به تَوَقُّفُ انقضاءِ العِدّةِ على وضْعِهِ.

(وتنقَضي) العِدّةُ (بمَيِّتٍ) لإطلاقِ الآيةِ (لا عَلَقة)؛ لأنّها تُسَمَّى دَمًا لا حملاً ولا يُعْلَمُ كونُها أصلَ آدَميٍّ (و) تنقَضي (بمُضغةٍ فيها صورةُ آدَميٍّ خَفيّة) على غيرِ القوابِلِ (أخبَرَ بها) بطَريقِ الجزمِ أهلُ الخِبْرةِ ومنهم (القوابِلُ)؛ لأنّها حينئذٍ تُسَمَّى حملاً وعَبَّروا بأخبَرَ؛ لأنّه يُشْتَرَطُ لفظُ شَهادةٍ إلا إذا وُجِدَتْ دعوَى عندَ قاضٍ أو مُحَكَّمٍ وإذا اكتُفيَ في الإخبارِ بالنّسبةِ للباطِنِ فلْيُكْتَفَ بقابِلةٍ كما هو ظاهرٌ أخذًا من قولِهم لِمَنْ غابَ زَوجُها فأخبَرَها عَدْلٌ بموتِه أنْ تَتَزَوَّجَ باطِنًا (فإنْ لم يكن) فيها (صورةٌ) خَفيّةٌ (و) لكن (قُلْنَ) أي القوابِلُ مثلاً لا مع تَرَدُّدٍ (هي أصلُ آدَميٍّ) ولو بَقيَتْ تَخَلَّقت (انقضت) العِدّةُ بوَضْعِها أيضًا (على المذهبِ) لِتَيَقُّنِ براءةِ الرّحِمِ بها كالدّمِ بل أولى وإنّما لم يُعْتَدَّ بها في الغُرّةِ وأُمّيّةِ الولدِ؛ لأنّ مَدارَهما على ما يُسَمَّى ولَدًا.

(فرع): اختلفوا في التّسَبُّبِ لإسقاطِ ما لم يَصِلْ لِحَدِّ نفخِ الرّوحِ فيه وهو مِائةٌ وعِشرون يومًا والذي يُتَّجه وِفاقًا لابنِ العِمادِ وغيرِه الحرمةُ ولا يُشْكِلُ عليه جوازُ العَزْلِ لِوُضوحِ الفرقِ بينهما بأنّ المنيَّ حالَ نُزولِه محضُ جَمادٍ لم يتهَيَّأْ للحياةِ بوجهٍ بخلافِه بعدَ استقرارِه في الرّحِمِ وأخذِه في مَبادِئِ التّخَلُّقِ ويُعْرَفُ ذلك بالأماراتِ، وفي حديثِ مسلمٍ (أنّه يكونُ بعدَ اثنتَين وأربَعين ليلةً) أي ابتداؤُه

ولو ظَهَرَ في عِدّةِ أقْراءٍ أو أشْهُرٍ حَملٌ لِلزّوْجِ اعْتَدَّتْ بوَضْعِه، ولو ارْتابَتْ فيها لم تَنْكِحْ حتّى تَزولَ الرّيبةُ، أو بعدها وبعد نِكاحٍ استَمَرَّ إلّا أنْ تَلِدَ لِدونِ سِتّةِ أشْهُرٍ من عَقْدِهِ أو بعدها قبلَ نِكاحٍ فَلْتَصْبِرْ لِتَزولَ الرّيبةُ، فإنْ نَكَحَتْ فالمذْهَبُ عَدَمُ إبْطالِه في الحالِ، فإنْ عُلِمَ مُقْتَضيه أبْطَلْناه، ولو أبانَها فوَلَدَتْ لأربَعِ سِنينَ لَحِقَه، ....

كما مَرَّ في الرّجعةِ ويحرُمُ استعمالُ ما يقطَعُ الحبَلَ من أصلِه كما صرّح به كثيرون وهو ظاهرٌ.

(ولو ظهر في عِدّةِ أقراءٍ أو أشهرٍ) أو بعدَها (حملٌ لِلزوجِ اعتدَّتْ بوَضْعِه)؛ لأنّه أقوى بدَلالَته على البراءةِ قطعًا. (ولو ارتابَتْ) أي شَكَّتْ في أنّها حامِلٌ لِوجودِ نحوِ ثِقَلٍ أو حَرَكةٍ (فيها) أي العِدّةِ بأقراءٍ أو أشهرٍ (لم تنكِحْ) آخرَ بعدَ الأقراءِ أو الأشهرِ (حتى تَزولَ الرّيبةُ) بأمارةٍ قويّةٍ على عدم الحملِ ويُرْجَعُ فيها للقَوابِلِ وذلك؛ لأنّ العِدّةَ قد لَزِمتها بيقينٍ فلا تخرُجُ عنها إلا بيقينٍ فإنْ نكحَتْ مُرْتابةً فباطِلٌ كذا عَبَّرا به قال الإسنويُّ والمُرادُ باطِلٌ ظاهِرًا فإنْ بانَ عدمُ الحملِ فالقياسُ الصِّحّةُ كما لو باعَ مالَ أبيه ظانًّا حياتَه فبانَ مَيِّتًا انتهى وكونُ القياسِ ذلك واضِحٌ كما قدَّمْته مع زيادةِ فُروعٍ وبَيانٍ في بَحْثِ أركانِ النّكاحِ ومِمّا يُصرح به ما يأتي في زوجةِ المفقودِ المُبْطِلِ لِكونِ المانِعِ فيها وهو النّكاحُ المُحقَّقِ الذي الأصلُ بَقاؤُه أقوى الفرقُ بأنّ الشّكَّ هنا في حِلِّ المنكوحةِ وبأنّ العِدّةَ لَزِمتها هنا ظاهرًا وذلك؛ لأنّ كلًّا من هذينِ غَفْلةٌ عَمّا ذكروه فيها من النّظَرِ لِما في نفسِ الأمرِ مع الشّكِّ في حِلِّها وقوّةِ النّكاحِ المانِعِ لِذلك ظاهِرًا (أو) ارتابَتْ (بعدَها) أي العِدّةِ (وبعدَ نِكاحٍ) لِآخرَ (استَمَرَّ) النّكاحُ لِوُقوعِه صحيحًا ظاهِرًا فلا يَبْطُلُ إلا بيقينٍ (إلا أنْ تَلِدَ لِدونِ ستّةِ أشهرٍ من) إمكانِ العُلوقِ بعدَ (عقدِه) فلا يستمِرُّ لِتَحَقُّقِ المُبْطِلِ حينئذٍ فيُحْكَمُ ببُطْلانِه وبأنّ الولدَ للأوّلِ إنْ أمكنَ كونُه منه أمّا إذا ولَدَتْ لِستّةِ أشهرٍ فأكثرَ فالولدُ لِلثّاني؛ لأنّ فِراشَه ناجِزٌ ونِكاحُه قد صَحَّ ظاهرًا فلم يُنْظَرْ لإمكانِه من الأوّلِ لِئَلّا يَبْطُلَ ما صَحَّ بمُجَرَّدِ الاحتمالِ وهل يُعْتَبَرُ هنا لَحْظةٌ يُحْتَمَلُ لا احتياطًا لِلنّسَبِ النّاجِزِ لإمكانِه وكالثاني فيما ذُكِرَ وطْءُ الشُّبْهةِ بعدَ العِدّةِ فيَلْحَقُه الولدُ إذا أمكنَ منه وإنْ أمكنَ من الأوّلِ أيضًا لانقطاعِ النّكاحِ والعِدّةِ عنه ظاهرًا (أو) ارتابَتْ (بعدَها قبلَ نِكاحٍ فلتصبِرْ) نَدْبًا وإلا كُرِهَ وقيلَ وجوبًا (لِزَوالِ الرّيبةِ) احتياطًا (فإنْ نَكَحَتْ) ولم تصبِرْ لِذلك (فالمذهبُ عدمُ إبطالِه) أي النّكاحِ (في الحالِ)؛ لأنّا لم نَتَحقَّقِ المُبْطِلَ (فإنْ عُلِمَ مقتضيه) أي البُطْلانِ بأنّ ولَدَتْ لِدونِ ستّةِ أشهرٍ مِمّا مَرَّ (أبطَلْناه) أي حَكَمْنا ببُطْلانِه لِتَبَيُّنِ فسادِه وإلا فلا ولو راجَعَها وقتَ الرّيبةِ وقَفت الرّجعةُ فإنْ بانَ حملٌ صَحَّتْ وإلا فلا.

(ولو أبانَها) أي زوجَتَه بخُلْعٍ أو ثلاثٍ ولم ينفِ الحملَ (فولدتْ لأربَعِ سِنين) فأقَلَّ ولم تَتَزَوَّجْ بغيرِه أو تَزَوَّجَتْ بغيرِه ولم يُمْكِنْ كونُ الولدِ من الثاني (لَحِقَه) وبانَ وجوبُ سُكْناها ونفقتها وإنْ أقَرَّتْ بانقضاءِ العِدّةِ لِقيامِ الإمكانِ إذْ أكثرُ مُدّةِ الحملِ أربَعُ سِنين بالاستقراءِ وابتداؤُها من وقت إمكانِ الوطءِ قبلَ الفِراقِ فإطلاقُهم أنّه من الطّلاقِ محمولٌ على ما إذا قارَنَه الوطءُ بتنجيزٍ أو تعليقٍ والحاصِلُ أنّ الأربَعَ متى حُسِبَ منها لَحْظةُ الوطءِ أو لَحْظةُ الوضعِ كان لها حكمُ ما دونَها ومتى زاد

أو لأكثَرَ فلا. ولو طَلَّقَ رَجعيًا حُسِبَت المُدّةُ مِن الطّلاقِ، وفي قولٍ مِن انْصِرامِ العِدّةِ، ولو نَكَحَتْ بعد العِدّةِ فَوَلَدَتْ لِدونِ سِتّةِ أشْهُرٍ فَكأنّها لم تَنْكِحْ، وإنْ كان لِسِتّةٍ فالولَدُ لِلثّاني ولو نَكَحَتْ في العِدّةِ فاسِدًا فَوَلَدَتْ للإمكانِ مِن الأوّلِ لَحِقَه وانْقَضَتْ بوَضْعِه ثم تَعْتَدُّ لِلثّاني، أو بل إمكانٌ مِن الثّاني لَحِقَه أو منهما عُرِضَ على قائِفٍ، فإنْ أَلْحَقَه بأحَدِهما فَكالإمكانِ منه فَقَطْ.

عليها كان لها حكمُ ما فوقَها ولم ينظُروا هنا لِغلبةِ الفسادِ على النّساءِ؛ لأنّ الفِراشَ قرينةٌ ظاهرةٌ ولم يتحقَّق انقطاعُه مع الاحتياطِ للأنسابِ بالاكتفاءِ فيها بالإمكانِ (أو) ولَدَتْ (لأكثرَ) من أربَعِ سِنين مِمّا ذُكِرَ (فلا) يَلْحَقُه لِعدمِ الإمكانِ وذُكِرَتْ تَتميمًا لِلتّقسيمِ فلا تَكْرارَ في تَقَدُّمِها في اللِّعانِ. (ولو طَلَّقَ) ها (رجعيًا) فأتَتْ بوَلَدٍ لأربَعِ سِنين لَحِقَه وبانَ وجوبُ نفقتها وسُكْناها أو لأكثَرَ فلا وحُذِفَ هذا لِعلمِه مِمّا قبله بالأولى؛ لأنّه إذا ثَبَتَ ذلك في البائِنِ ففي الرّجْعيّةِ التي هي زوجةٌ في أكثرِ الأحكامِ أولى و(حُسِبَت المُدّةُ من الطّلاقِ) إنْ قارَنَه الوطءُ وإلا فمن إمكانِ الوطءِ قبله وحُذِفَ هذا من البائِنِ لِعلمِه مِمّا هنا بالأولى لأنّه إذا حُسِبَ من الطّلاقِ مع أنّها في حكمِ الزوجةِ فالبائِنُ أولى ومن ثَمَّ وقَعَ خلافٌ في الرّجْعيّةِ فقط كما قال (وفي قولٍ) ابتداؤُها (من انصِرامِ العِدّةِ)؛ لأنّها كالمنْكوحةِ وبِما قرّرْته في عبارَته يُعْلَمُ زَيْفُ ما اعْتُرِضَ به عليها وأنّها من مَحاسِنِ عباراته البليغةِ لِما اشتَمَلَتْ عليه من الحذْفِ من الأوّلِ لِدَلالةِ الثاني عليه ومن الثاني لِدَلالةِ الأوّلِ عليه وأنّ هاتَين الدّلالتَين من دَلالةِ الفحْوَى التي هي من أقوى الدّلالات فتأمّلْه فإنْ قُلْت في الرّجْعيّةِ وجه أنّه يَلْحَقُه من غيرِ تقديرِ مُدّةٍ فمن أين يُؤْخَذُ من المتنِ رَدُّ هذا قُلْت من قولِه المُدّةُ بأل العهديّةِ المُصرِّحةِ بأنّ الأربَعَ تُعْتَبَرُ فيها أيضًا.

(ولو نَكَحَتْ بعدَ العِدّةِ) آخرَ أو وُطِئَتْ بشُبهةٍ (فولدتْ لِدونِ ستّةِ أشهرٍ) من إمكانِ العُلوقِ بعدَ العقدِ ومن وطْءِ الشُّبْهةِ (فكأنّها لم تُنكحْ) ولم توطَأْ ويكونُ الولدُ للأوّلِ إنْ كان لأربَعِ سِنين فأقَلَّ من طلاقِه أو إمكانِ وطْئِه قبله نظيرُ ما مَرَّ لانحِصارِ الإمكانِ فيه (وإنْ كان) وضْعُ الولدِ (لِستّةٍ) من الأشهرِ مِمّا ذُكِرَ (فالولدُ لِلثّاني) لِقيامِ فِراشِه وإنْ أمكنَ كونُه من الأوّلِ. (ولو نَكَحَتْ) آخرَ (في العِدّةِ) نِكاحًا (فاسِدًا) وهو جاهِلٌ بالعِدّةِ أو بالتحريمِ وعُذِرَ لِنحوِ بُعْدِه عن العُلَماءِ وإلا فهو زانٍ لا نَظَرَ إليه مُطْلَقًا وكالنّكاحِ الفاسِدِ في تفصيلِه الآتي وطْءُ الشُّبْهةِ (فولدتْ للإمكانِ من الأوّلِ) وحدَه بأنْ ولَدَتْه لأربَعِ سِنين فأقَلَّ مِمّا مَرَّ ولِدونِ ستّةِ أشهرٍ من وطْءِ الثاني (لَحِقَه وانقضت عِدّتُها بوَضْعِه، ثمّ تعتدُّ) ثانيًا (لِلثّاني)؛ لأنّ وطْأه شُبهةٌ (أو) ولَدَتْ (للإمكانِ من الثاني) وحدَه بأنْ ولَدَتْه لأكثرَ من أربَعِ سِنين من إمكانِ العُلوقِ قبلَ فِراقِ الأوّلِ ولِستّةِ أشهرٍ فأكثرَ من وطْءِ الثاني (لَحِقَه) وإنْ كان طلاقُ الأوّلِ رجعيًا على أحدِ قولينِ لم يُرَجِّحا منهما شيئًا لكن الذي اعتمده البُلْقينيُّ ونَقَله عن نصِّ الأُمِّ أنّه إذا كان طلاقُه رجعيًا يُعْرَضُ على القائِفِ كما في قولِه (أو) أتَتْ به للإمكانِ (منهما) بأنْ كان لأربَعِ سِنين من الأوّلِ ولِستّةِ أشهرٍ فأكثرَ من الثاني (عُرِضَ على قائِفٍ فإنْ أَلحقَه بأحدِهما فكالإمكانِ منه فقط)، وقد عُلِمَ

فَصْلٌ

لَزِمَها عِدَّتا شَخْصٍ من جِنْسٍ بأَنْ طَلَّقَ ثم وطِئَ في عِدَّةِ أَقْراءٍ أو أَشْهُرٍ جاهِلاً أو عالِمًا في رَجْعيةٍ تَداخَلَتا فَتَبْتَدِئُ عِدَّةً مِن الوطْءِ ويَدْخُلُ فيها بَقِيّةُ عِدّةِ الطّلاقِ، فإنْ كانتْ إحْداهما حَملاً والأُخْرَى أقْراءً تَداخَلَتا في الأصَحِّ، فَتَنْقَضِيانِ بوَضْعِه، ويُراجِعُ قبلَه، وقيلَ إنْ كان الحملُ مِن الوطْءِ فلا، أو لِشَخْصَيْنِ بأَنْ كانتْ في عِدّةِ زَوْجٍ، أو شُبْهةٍ فَوُطِئَتْ بشُبْهةٍ أو نِكاحٍ فاسِدٍ أو كانتْ زَوْجةً مُعْتَدّةً عن شُبْهةٍ فَطَلُقَتْ فلا تَداخُلَ

حكمُه أو بهما أو توُقِّفَ أو فُقِدَ كأنْ كان بمَسافة القصْرِ انْتُظِرَ بُلوغُ الولدِ وانتسابُه بنفسِه أمّا إذا لم يُمْكِنْ من واحدٍ منهما كأنْ كان لِدونِ ستّةٍ من وطْءِ الثاني وفوقَ أربَعٍ من نحوِ طلاقِ الأوّلِ فهو منفيٌّ عنهما وخرج بفاسِدًا نِكاحُ الكُفّارِ إذا اعتَقَدوا صحّتَه فإذا أمكنَ منهما فهو لِلثّاني بلا قائِفٍ.

فصل في تَداخُلِ العِدَّتَين

إذا (لَزِمَها عِدَّتا شَخْصٍ) واحدٍ (من جنسٍ) واحدٍ (بأنْ) بمعنى كان (طَلَّقَ، ثمّ وطِئَ) رجعيّةً أو بائِنًا (في عِدّةٍ) غيرِ حملٍ من (أقراءٍ أو أشهرٍ) ولم تَحْبل من وطْئِه (جاهِلاً) بأنّها المُطَلَّقة أو بتَحْريم وطْءِ المعتدّةِ وعُذِرَ لِنحوِ بُعْدِه عن العُلَماءِ (أو عالِمًا) بذلك (في رجعيّةٍ) لا بائِنٍ؛ لأنّه زانٍ (تَداخَلَتا) أي عِدَّتا الطّلاقِ والوطءِ (فتبتَدِئُ عِدّةً) بأقراءٍ أو أشهرٍ (من) فراغِ (الوطءِ ويدخلُ فيها بَقيةُ عِدّةِ الطّلاقِ) وهذه البقيّةُ واقعةٌ عن الجهتَين؛ فله الرّجعةُ في الرّجْعيِّ فيها إجماعًا على ما حَكاه العبّاديُّ دون ما بعدَها.

(فإنْ) كانتا من جنسين كان (كانت إحداهما حملاً والأخرى أقراءً) كأنْ حَبِلَتْ من وطْئِه في العِدّةِ بالأقراءِ أو طَلَّقَها حامِلاً، ثمّ وطِئَها قبلَ الوضعِ وهي مِمَّنْ تَحيضُ حامِلًا (تداخَلَتا في الأصحّ) أي دخلت الأقراءُ في الحملِ وإنْ لم تَتمَّ الأقراءُ قبلَ الوضْعِ على المعتمدِ خلافًا لِما يوهِمُه كلامُ الروضةِ وإن اغتَرَّ به غيرُ واحدٍ من الشُّرّاحِ وغيرِهم؛ لأنّ كلامَها مُفَرَّعٌ على ضعيفٍ كما بَيَّنَه النّسائيّ وغيرُه لاتّحادِ صاحِبِهما مع أنّ العلمَ باشتغالِ الرّحِمِ مَنَعَ الاعتدادَ بها لانتفاءِ فائِدَتها من كونِها مَظِنّةً لِلدَّلالةِ على البراءةِ (فينقَضيانِ بوَضْعِه) ويكونُ واقعًا عنهما (و) من ثَمَّ جازَ له أنّه (يُراجِعُ قبله) في الرّجْعيِّ وإنْ كان الحملُ من الوطءِ الذي في العِدّةِ لا بعدَه مُطْلَقًا (وقيلَ إنْ كان الحملُ من الوطءِ فلا) يُراجِعُ لِوُقوعِه عنه فقط ويَرُدُّه ما تقرّر. (أو) لَزِمَها عِدَّتانِ (لِشَخصَين بأنْ) أي كان (كانت في عِدّةِ زوجٍ أو) وطْءِ (شُبهةٍ فوُطِئَتْ) من آخرَ (بشُبهةٍ أو نِكاحٍ فاسِدٍ) عَطْفُ أخصَّ؛ لأنّه من جُمْلةِ الشُّبْهةِ ووجهُه خَفاءُ كونِه منها (أو كانت زوجةً مُعتَدّةً عن شُبهةٍ فطَلُقت فلا تَداخُلَ) لِتعدُّدِ المُستَحِقِّ بل تعتَدُّ لِكلٍّ منهما عِدّةً كامِلةً كما جاءَ عن عَليٍّ وغيرِه ولا يُعْرَفُ لهما مُخالِفٌ من الصّحابةِ وما نُقِلَ عن ابنِ مسعودٍ مِمّا يُخالِفُ ذلك لم يَثْبُتْ نعم، إنْ كانا حربيَّين فأسلَمت مع الثاني أو أمِنا فترافعا إلينا لَغَتْ على المعتمدِ بَقيّةُ عِدّةِ الأوّلِ وتكْفيها واحدةٌ من حينِ وطْءِ الثاني لِضَعْفِ حَقِّ الحربيِّ وإنْ نازع فيه البُلْقينيُّ.

فإنْ كان حَملٌ قُدِّمَتْ عِدَّتُهُ، وإلّا فإنْ سَبَقَ الطّلاقُ أتَمَّتْ عِدَّتَه ثم استأنَفت الأُخْرَى، وله الرّجْعةُ في عِدَّتِه فإذا راجَعَ انْقَضَتْ وشَرَعَتْ في عِدّةِ الشُّبْهةِ، ولا يَسْتَمتِعُ بها حتّى تَقْضيَها، وإنْ سَبقَت الشُّبْهةُ قُدِّمَتْ عِدّةُ الطّلاقِ وقيلَ الشُّبْهةِ.

فَصْلٌ

عاشَرَها كَزَوْجٍ ....

(فإنْ كان) أي وُجِدَ (حملٌ) من أحدِهما (قُدِّمت عِدَّتُه) وإنْ تأخَّرَ؛ لأنّها لا تقبَلُ التّأخيرَ ففيما إذا كان من المُطَلِّقِ، ثمّ وُطِئَتْ بشُبهةٍ تنقَضي عِدّةُ الطّلاقِ بوَضْعِه، ثمّ بعدَ مُضيِّ زَمَنِ النّفاسِ تعتَدُّ بالأقراءِ لِلشُّبْهةِ وله الرّجعةُ قبلَ الوضعِ لا وقتَ وطْءِ الشُّبْهةِ بعقدٍ أو غيرِه أي لا في حالِ بَقاءِ فِراشِ واطِئِها بإنْ لم يُفَرَّقْ بينهما، وكذا فيما يأتي وسيُعْلَمُ مِمّا يأتي أنّ نيَّتَه عدمُ العودِ إليها كالتّفريقِ وذلك؛ لأنّها خرجتْ بصَيْرورَتِها فِراشًا للواطِئِ عن عِدّةِ المُطَلِّقِ واستَشْكله البُلْقينيُّ بأنّ هذا لا يَزيدُ على ما يأتي أنّ حملَ وطْءِ الشُّبْهةِ لا يمنعُ الرّجعةَ ويُجابُ بمَنْعِ ما ذكرَه بل يَزيدُ عليه إذْ مُجَرَّدُ وجودِ الحملِ أثَرٌ عن الاستفراشِ ولا شَكَّ أنّ المُؤَثِّرَ أقوى فلم يلزم من مَنْعِه لِلرّجعةِ مَنْعُ أثَرِه لها لِضَعْفِه بالنّسبةِ إليه، وفي عكسِ ذلك تنقَضي عِدّةُ الشُّبْهةِ بوَضْعِه، ثمّ تعتَدُّ أو تُكْمِلُ لِلطّلاقِ وله الرّجعةُ قبلَ وضْعٍ وبعدَه إلى انقضاءِ عِدَّتِه لا تجديدَ قبلَ وضعٍ على المعتمدِ وفارَقَ الرّجعةَ بأنّه ابتداءُ نِكاحٍ فلم يصِحَّ في عدة الغير وهي شَبيهةٌ باستدامةِ النّكاحِ فاحتُمِلَ وُقوعُها في عِدّةِ الغيرِ وظاهرُ كلامِهم أنّ له التّجديدَ بعدَ الوضعِ في زَمَنِ النّفاسِ مع أنّه من غيرِ عِدَّتِه ويوَجَّه بأنّ المحذورَ كونُها في عِدّةِ الغيرِ، وقد انتفَى ذلك. (وإلا) يكن حملٌ (فإنْ سبَقَ الطّلاقُ) وطْءَ الشُّبْهةِ (أتمَّتْ عِدَّتَه) لِسَبْقِها (ثمّ) عَقِبَ عِدّةِ الطّلاقِ (استأنَفت) العِدّةَ (الأخرى) التي لِلشُّبْهةِ (وله) استئنافٌ غيرُ مُقَيَّدٍ بما قبله من عدم حملٍ وسَبْقِ طلاقٍ (الرّجعةُ في عِدَّتِه) لا وقتَ وطْءِ الشُّبْهةِ نظيرُ ما مَرَّ (فإذا راجَعَ) وثَمَّ حملٌ أوّلاً (انقَطَعَتْ) عِدّةُ الطّلاقِ (وشَرَعَتْ) عَقِبَ الرّجعةِ حيثُ لا حملَ منه وإلا فعقِبَ زَمَنِ النّفاسِ وله التّمَتُّعُ بها قبلَ شُروعِها (في عِدّةِ الشُّبْهةِ) بأنْ تَستأنِفَها إنْ سبقت الطّلاقَ وتُتِمُّها إنْ سبقَته (ولا يستمتعُ بها) أي الموطوءةِ بشُبهةٍ مُطْلَقًا ما دامت في عِدّةِ الشُّبْهةِ حملاً كانت أو غيرَه (حتى تقضيَها) بوَضْعٍ أو غيرِه لاختلالِ النّكاحِ بتعلُّقِ حَقِّ الغيرِ بها ومنه يُؤْخَذُ أنّه يحرُمُ عليه نَظَرُها ولو بلا شهوةٍ والخَلْوةُ بها.

(وإنْ سبقت الشُّبهةُ) الطّلاقَ (قدِّمت عِدّةَ الطّلاقِ)؛ لأنّها أقوى باستنادِها لِعقدٍ جائزٍ (وقيلَ) تُقَدَّمُ عِدّةَ (الشُّبهةِ) لِسَبْقِها، وفي وطْءٍ بنِكاحٍ فاسِدٍ ووَطْءٍ بشُبهةٍ أخرى ولا حملَ يُقَدَّمُ الأسبَقُ من التّفريقِ بالنّسبةِ لِلنّكاحِ ومن الوطءِ بالنّسبةِ لِلشُّبْهةِ.

فصل في حكمِ مُعاشَرةِ المُفارِقِ للمُعتَدّةِ

(عاشَرَها) أي المُفارَقة بطلاقٍ أو فسخٍ مُعاشَرةً (كـ)مُعاشَرةِ (زوجٍ) لِزوجَته بأنْ كان يختَلي بها

بلا وطْءٍ في عِدّةِ أقْراءٍ أو أشْهُرٍ فأوجُهٌ: أصَحُّها إنْ كانتْ بائنًا انْقَضَتْ وإلّا فلا، ولا رَجْعةَ بعد الأقْراءِ والأشْهُرِ قُلْت: ويَلْحَقُها الطّلاقُ إلى انْقِضاءِ العِدّةِ، ولو عاشَرَها أجْنَبِيٌّ انْقَضَتْ واللّه أعْلمُ. ولو نَكَحَ مُعْتَدّةً بظَنِّ الصِّحّةِ ووَطِئَ انْقَطَعَتْ من حينِ وطِئَ، وفي قولٍ أو وجْهٍ مِن العقْدِ، ولو راجَعَ حائِلاً ثم طَلَّقَ استأنَفَتْ، وفي القديمِ تَبني إنْ لم يَطأ، ....

ويتمَكَّنُ منها ولو في بعضِ الزّمَنِ (بلا وطْءٍ) أو معه والتقييدُ بعدَه إنّما هو لِجَرَيانِ الأوجُه الآتيةِ كما يُفْهِمُه عِلَلُها (في عِدّةِ) غيرِ حملٍ من (أقراءٍ أو أشهرٍ فأوجُهٌ) ثلاثةٌ أوّلُها تنقَضي مُطْلَقًا ثانيها لا مُطْلَقًا ثالِثُها وهو (أصحُّها إنْ كانت بائنًا انقضت) عِدَّتُها مع ذلك إذْ لا شُبهةَ لِفِراشِه ومن ثَمَّ لو وُجِدَتْ بأنْ جَهِلَ ذلك وعُذِرَ لم تنقَضِ كالرّجْعيّةِ في قولِه (وإلا) تكن بائنًا (فلا) تنقَضي لكن إذا زالَت المُعاشَرةُ بأنْ نَوَى أنّه لا يَعودُ إليها فما دامَ ناوِيَها فهي باقيةٌ فيما يظهرُ كمَّلَتْ على ما مَضى وذلك لِشُبهةِ الفِراشِ كما لو نكَحَها جاهِلاً في العِدّةِ لا يُحْسَبُ زَمَنُ استفْراشِه عنها بل تنقَطِعُ من حينِ الخلْوةِ ولا يَبْطُلُ بها ما مَضى فتبني عليه إذا زالَتْ ولا تُحْسَبُ الأوقاتُ المُتَخَلِّلةُ بين الخلَوات (و) في هذه (لا رَجعةَ) له عليها (بعدَ) مُضيِّ (الأقراءِ أو الأشهرِ) وإنْ لم تنقَضِ عِدَّتُها (قُلْت ويَلْحقُها الطّلاقُ إلى انقضاءِ العِدّةِ) احتياطًا فيهما وتَغْليظًا عليه لِتقصيرِه وبه يندَفِعُ ما أطالَ به جمعٌ هنا وقضيّةُ تعبيرِهم ببَقاءِ العِدّةِ بَقاءُ التّوارُثِ بينهما وإنْ تَرَدَّدَ فيه الزّركشيُّ وغيرُه ومُؤْنَتُها عليه إلى انقضائِها وعليه يُفَرَّقُ بينهما وبين الرّجعةِ بأنّهم غَلَّبوا فيها كونَها ابتداءَ نِكاحٍ في مسائلَ فاحتيطَ لها بامتناعِها عندَ مُضيِّ صورةِ العِدّةِ بخلافِ نحوِ التّوارُثِ والنّفَقة فإنّها محضُ آثارٍ مُتَرَتِّبةٍ على النّكاحِ الأوّلِ فلم تنقَطِعْ بمُضيِّ مُجَرَّدِ صورةِ العِدّةِ لكن الذي رجحه البُلْقينيُّ أنّه لا مُؤْنةَ لها وجزم به غيرُه فقال لا تَوارُثَ بينهما ولا يصحُّ إيلاءٌ منها ولا ظهار ولا لِعانٌ ولا مُؤْنةٌ لها ويجبُ لها السُّكْنَى؛ لأنّها بائنٌ إلا في الطّلاقِ ولا يُحَدُّ بوَطْئِها انتهى.

(ولو عاشَرَها أجنَبِيٌّ) فيها بغيرِ شُبهةٍ ولا وطْءٍ كمُعاشَرةِ الزوجِ (انقضت) العِدّةُ (واللّه أعلمُ) لِعدمِ الشُّبْهةِ أمّا إذا عاشَرَها بشُبهةٍ كأنْ كان سيِّدَها فهو كمُعاشَرةِ الرّجْعيّةِ، وأمّا إذا عاشَرَها بوَطْءٍ فإنْ كانَ زِنًا لم يُؤَثِّرْ أو بشُبهةٍ فهو كما في قولِه الآتي ولو نَكحَ مُعتَدّةً إلى آخِرِه وخرج بأقراءٍ أو أشهرٍ عِدّةُ الحملِ فتنقَضي بوَضْعِه مُطْلَقًا لِتعذُّرِ قطعِها. (ولو نَكحَ مُعتَدّةً) لِغيرِه (بظَنِّ الصِّحّةِ ووَطِئَ انقَطَعَتْ) عِدَّتُها (من حينِ وطِئَ) لِحُصولِ الفِراشِ بوَطْئِه بخلافِ ما إذا لم يَطأ فلا تنقَطِعُ وإنْ عاشَرَها لانتفاءِ الفِراشِ إذْ مُجَرَّدُ العقدِ الفاسِدِ لا حرمةَ له (وفي قولٍ أو وجهٍ) وهو الأثبَتُ ومن ثَمَّ جَزَمَ به في الروضةِ تنقَطِعُ (من) حينِ (العقدِ) لإعراضِها به عن الأولى.

(ولو راجَعَ حائِلاً، ثمّ طَلَّقَ) ها (استأنَفت) العِدّةَ وإنْ لم يَطَأْها بعدَ الرّجعةِ لِعَوْدِها بها لِلنّكاحِ الذي وُطِئَتْ فيه (وفي القديمِ) وحَكى جَديدًا (تبني إنْ لم يَطَأ) ها بعدَ الرّجعةِ وخرج براجَعَ، ثمّ طَلَّقَ طلاقَه الرّجعيّةَ في عِدَّتها فإنّها تبني على العِدّةِ الأولى.

أو حامِلاً فَبالوضْعِ فلو وضَعَتْ ثم طَلَّقَ استأنَفَتْ، وقيلَ إنْ لم يَطأ بعد الوضْعِ فلا عِدَّةَ، ولو خالَعَ مَوْطوءةً ثم نَكَحَها ثم وطِئَ ثم طَلَّقَ استأنَفَتْ ودَخَلَ فيها البقيّةُ.

فَصْلٌ

عِدّةُ حُرّةٍ حائِلٍ لِوَفاةٍ وإنْ لم توطأ أربَعةَ أشْهرٍ وعَشرةَ أيّامٍ بلَياليها، وأمةٍ نِصْفُها وإنْ ماتَ عن رَجْعيّةٍ انْتَقَلَتْ إلى وفاةٍ أو بائِنٍ فلا، ....

(أو) راجَعَ (حامِلاً، ثمّ طَلّقَ) ها (فبالوضعِ) تنقَضي عِدَّتُها وإنْ وطِئَ بعدَ الرّجعةِ لإطلاقِ الآيةِ (فلو وضَعَتْ) بعدَ الرّجعةِ (ثمّ طَلّقَ) ها (استأنَفت) عِدّةً وإنْ لم يَطَأ بعدَ الرّجعةِ لِما مَرَّ أنّها بها عادَتْ لِما وُطِئَتْ فيه (وقيلَ إنْ لم يَطَأ) ها. (بعدَ الوضعِ) ولا قبله (فلا عِدّةَ ولو خالَعَ موطوءةً، ثمّ نكَحَها) في العِدّةِ (ثمّ وط) ئها (ثمّ طَلَّقَ استأنَفت) عِدّةً لأجلِ الوطءِ (ودخل فيها البقيّةُ) من العِدّةِ الأولى ولو فُرِضَ بَقيّةُ شيءٍ منها وإلا فهي قد ارتَفعتْ من أصلِها بالنّكاحِ والوطءِ بعدَه ومن ثَمَّ لو لم يوجَدْ وطْءٌ بَنَتْ على ما سبَقَ من الأولى وأكمَلَتْها ولا عِدّةَ لهذا الطّلاقِ؛ لأنّه قبلَ الوطءِ.

فصل في الضّرْبِ الثاني من الضّرْبَين السّابِقَين أوّلَ البابِ وهو عِدّةُ الوفاةِ

واكتَفَى عن التّصْريحِ به وبِوجوبه اتّكالاً على شهرةِ ذلك ووُضوحِه، وفي المفقودِ، وفي الإحدادِ (عِدّةُ حُرّةٍ حائِلٍ) أو حامِلٍ بحملٍ لا يَلْحَقُ ذا العِدّةَ كما يُعْلَمُ مِمّا سيذكرُه (لِوَفاةٍ) لِزوجٍ (وإنْ لم توطَأ) لِصِغَرٍ أو غيرِه وإنْ كانت ذاتَ أقراءٍ (أربَعةُ أشهرٍ وعَشرةُ أيّام بلَياليها) للكِتابِ والسُّنّةِ والإجماعِ إلا في اليوم العاشِرِ نَظَرًا إلى أنّ عَشرًا إنّما يكونُ للمُؤنّثِ وهو اللّيالي لا غيرُ ورَدّوه بأنّه يُستعمَلُ فيهما وحَذْفُ التّاءِ إنّما هو لِتَغْليبِ اللّيالي أي لِسَبْقِها ولأنّ القصْدَ بها التّفَجُّعُ وكأنّ حِكْمةَ هذا العددِ ما مَرَّ أنّ النّساءَ لا يَصْبِرْنَ عن الزوجِ أكثرَ من أربَعةِ أشهرٍ فجُعِلَتْ مُدّةَ تَفَجُّعِهِنّ وزيدَت العشْرُ استظْهارًا، ثمّ رأيت شرحَ مسلمٍ ذكرَ أنّ حِكْمةَ ذلك أنّ الأربَعةَ بها يتحرَّك الحملُ وتُنْفَخُ الرّوحُ وذلك يستَدْعي ظُهورَ حملٍ إنْ كانَ وتُعْتَبَرُ الأربَعةُ بالأهِلّةِ ما لم يَمُتْ أثناءَ شهرٍ، وقد بَقِيَ منه أكثرُ من عَشرةِ أيّامٍ فحينئذٍ ثلاثةٌ بالأهِلّةِ وتُكمِلُ من الرّابعِ ما يُكْمِلُ أربَعين يومًا ولو جَهِلَت الأهِلّةَ حَسِبَتْها كامِلةً، (و) عِدّةُ (أمةٍ) حائِلٍ أو حامِلٍ بمَنْ لا يَلْحَقُه أي مَنْ فيها رِقٌّ قلّ أو كثُرَ بأيِّ صِفة كانت (نصفُها) وهو شهرانِ هِلاليّانِ بقَيْدِه السّابِقِ وخمسةُ أيّامٍ بلَياليها على النّصفِ نظيرُ ما مَرَّ في الثلاثةِ الأشهرِ وبحث الزّركشيُّ وغيرُه أنّ قياسَ ما مَرَّ أنّه لو ظَنّها زوجَته الحُرّةَ لَزِمَها أربَعةُ أشهرٍ وعَشرٌ ويُرَدُّ بأنّ عِدّةَ الوفاةِ لا تَتَوَقَّفُ على الوطءِ فلم يُؤَثِّرْ فيها الظّنُّ عندَه وبه يُفَرَّقُ بين هذا وما مَرَّ.

(وإنْ مات عن رجعيّةٍ انتقَلَتْ إلى) عِدّةِ (وفاةٍ) وسَقَطَتْ بَقيّةُ عِدّةِ الطّلاقِ فتَحِدُّ وتسقطُ نفقتُها (أو) عن (بائِنٍ) كمفسوخٍ نِكاحِها كأن اشترى زوجَته، ثمّ مات عَقِبَ الشّراءِ (فلا) تنتَقِلُ بل تُكْمِلُ عِدّةَ الطّلاقِ أو الفسخِ؛ لأنّها ليستْ زوجةً فلا تَحِدُّ ولها النّفقة إنْ كانت حامِلً.

وحامِلٍ بوَضْعِه بشَرْطِه السّابِقِ، فلو ماتَ صَبيٌّ عن حامِلٍ فَبالأَشْهُرِ، وكذا مَمسوحٌ إذْ لا يَلْحَقُه على المذْهَبِ، ويَلْحَقُ مَجْبوبًا بَقيَ أُنْثَياه فَتَعْتَدُّ به، وكذا مَسْلولٌ بَقيَ ذَكَرُه به على المذْهَبِ، ولو طَلَّقَ إحْدَى امرأتَيْه وماتَ قبلَ بَيانٍ أو تَعْيينٍ فإنْ كان لم يَطأْ اعْتَدَّتا لِوَفاةٍ، وكذا إنْ وطِئَ وهما ذَواتا أَشْهُرٍ أو أَقْراءٍ، والطّلاقُ رَجْعيٌّ فإنْ كان بائِنًا اعْتَدَّتْ كُلُّ واحِدةٍ بالأَكْثَرِ من عِدّةِ وفاةٍ وثَلاثةٍ من أَقْرائِها، وعِدّةُ الوفاةِ مِن الموْتِ، والأَقْراءُ مِن الطّلاقِ، وَمَنْ غابَ ....

(فرع): قال الزّركشيُّ عَلَّقَ الطّلاقَ بموته ومات فالظّاهرُ أنّها تعتَدُّ عِدّةَ الوفاةِ وإنْ أوقَعْنا الطّلاقَ قُبَيْلَ الموت ولا تَرِثُ احتياطًا في الموضِعَين انتهى، وفيه نَظَرٌ والذي مَرَّ أنّه لا طلاقَ هنا فتعتَدُّ عِدّةَ الوفاةِ وتَرِثُ.

(و) عِدّةُ (حامِلٍ بوَضْعِه) للآيةِ (بشرطِه السّابِقِ) وهو انفِصالُ كلِّه وإمكانُ نِسبَته للمَيِّت ولو احتمالاً (فلو مات صَبيٌّ) لا يُمْكِنُ إنْزالُه (عن حامِلٍ فبالأشهرِ) عِدَّتُها للقَطْعِ بانتفاءِ الحملِ عنه (وكذا ممسوحٌ) ذكرُه وأنثياه مات عن حامِلٍ فعِدَّتُها بالأشهرِ لا بالحملِ (إذ لا يَلْحَقُه) الولدُ (على المذهبِ) لِتعذُّرِ إنْزالِه بفَقْدِ أنثيَيْه ولأنّه لم يُعْهَدْ لِمثلِه وِلادةٌ (ويَلْحَقُ) الولدُ (مجبوبًا بَقيَ أنثياه)، وقد أمكنَ استدخالُها لِمَنيِّه وإنْ لم يَثْبُتْ كما مَرَّ لِبَقاءِ أوعيةِ المنيِّ (فتعتَدُّ) زوجَتُه (به) أي بوَضْعِه لِوَفاته (وكذا مسلولٌ) خُصْيَتاه (بَقيَ ذكرُه) فيَلْحَقُه الولدُ وتعتَدُّ زوجَتُه (به) أي بوَضْعِه (على المذهبِ)؛ لأنّه قد يُبالِغُ في الإيلاجِ فيُنْزِلُ ماءً رَقيقًا وكونُ الخُصْيةِ اليُمْنَى للمَنيِّ واليُسرى لِلشَّعْرِ لَعَلَّه إنْ صَحَّ أغلَبيٌّ وإلا فقد رأينا مَنْ ليس له إلا يُسرى وله مَنيٌّ كثيرٌ وشَعْرٌ كذلك.

(ولو طَلَّقَ إحدَى امرأتَيه) كإحداكُما طالِقٌ ونَوَى مُعَيَّنةً منهما أو لم ينوِ شيئًا (ومات قبلَ بَيانٍ) للمُعَيَّنةِ (أو تعيينٍ) للمُبْهَمةِ (فإنْ كان لم يَطَأْ) واحدةً منهما أو وطِئَ واحدةً فقط وهي ذاتُ أشهرٍ مُطْلَقًا أو ذاتُ أقراءٍ في طلاقٍ رجعيٍّ كما يُعْلَمُ مِمّا سيذكرُه (اعتدَّتا لِوَفاةٍ) احتياطًا إذ كلٌّ منهما يحتَمِلُ أنّها فورِقت بطلاقٍ فلا يجبُ شيءٌ على غيرِ الموطوءةِ أو موتٍ فتجبُ عِدَّتُه (وكذا إنْ وطِئَ) كلًّا منهما (وهما ذَواتا أشهرٍ) والطّلاقُ بائِنٌ أو رجعيٌّ (أو) ذَواتا (أقراءٍ والطّلاقُ رجعيٌّ) فتعتَدُّ كلٌّ عِدّةَ الوفاةِ وإن احتُمِلَ خلافُها؛ لأنّها الأحوَطُ هنا أيضًا على أنّ الرّجعيّةَ تنتَقِلُ لِعِدّةِ الوفاةِ كما مَرَّ (فإنْ كان) الطّلاقُ في ذَواتَي الأقراءِ (بائِنًا)، وقد وطِئَهما أو إحداهما (اعتدَّتْ كلُّ واحدةٍ) منهما في الأولى والموطوءةُ منهما في الثانيةِ (بأكثرَ من عِدّةِ وفاةٍ وثلاثةٍ من أقرائِها) لِوجوبِ أحدِهما عليها يقينًا، وقد اشتَبَهَ فوَجَبَ الأحوَطُ وهو الأكثرُ كمَنْ لَزِمَه إحدَى صلاتَين وشَكَّ في عَينِها يلزمُه أنْ يأتيَ بهما وتعتَدُّ غيرُ الموطوءةِ في الثانيةِ لِوَفاةٍ. (وعِدّةُ الوفاةِ) ابتداؤُها (من) حينِ (الموت والأقراءِ) ابتداؤُها (من) حينِ (الطّلاقِ) ولا نَظَرَ إلى أنّ عِدّةَ المُبْهَمةِ من التعيينِ؛ لأنّه لَمّا أيِسَ منه لِموته اعْتُبِرَ السّبَبُ الذي هو الطّلاقُ، فلو مَضى قبلَ الموت قُرءانِ مثلاً اعتدَّتْ بالأكثرِ من القُرءِ الباقي وعِدّةِ الوفاةِ. (ومَنْ غابَ)

وانْقَطَعَ خَبَرُه ليس لِزَوْجَتِه نِكاحٌ حتّى يُتَيَقَّنَ مَوْتُه أو طَلاقُه، وفي القديم تَرَبُّصُ أربَعَ سِنينَ ثم تَعْتَدُّ لِوَفاةٍ وتَنْكِحُ، فلو حَكَمَ بالقديمِ قاضٍ نُقِضَ على الجديدِ في الأَصَحِّ، ولو نَكَحَتْ بعد التَّرَبُّصِ والعِدّةِ فَبانَ مَيِّتًا صَحَّ على الجديدِ في الأصَحِّ، وَيَجِبُ الإحْدادُ على مُعْتَدّةِ وفاةٍ، ....

بسَفَرٍ أو غيرِه (وانقَطَعَ خبرُه ليس لِزوجَته نِكاحٌ حتى يُتَيَقَّنَ) أي يُظَنّ بحُجّةٍ كاستفاضةٍ وحكم بموته (موتُه أو طلاقُه) أو نحوِهما كرِدَّته قبلَ الوطءِ أو بعدَه بشرطِه، ثمّ تعتَدُّ؛ لأنّ الأصلَ بَقاءُ الحياةِ والنّكاحِ مع ثُبوته بيقينٍ فلم يَزُلْ إلا به أو بما أُلْحِقَ به ولأنّ ماله لا يورَثُ وأُمَّ ولَدِه لا تُعْتَقُ فكذا زوجَتُه نعم، لو أخبرَها عَدْلٌ ولو عَدْلُ رِوايةٍ بأحدِهما حَلَّ لها باطِنًا أنْ تنكِحَ غيرَه ولا تُقَرُّ عليه ظاهرًا خلافًا لِبعضِهم ويُقاسُ بذلك فقْدُ الزوجةِ بالنّسبةِ لِنحوِ أختِها أو خامِسةٌ إذا لم يُرِدْ طلاقَها (وفي القديم تَتَرَبَّصُ أربَعَ سِنين) قيلَ من حينِ فقْدِه والأصحُّ من حينِ ضَرْبِ القاضي فلا يُعْتَدُّ بما مَضى قبله (ثمّ تعتَدُّ لِوَفاةٍ وتنكِحُ) بعدَها اتِّباعًا لِقَضاءِ عمرَ رضي الله عنه بذلك واعتُبِرَت الأربَعُ؛ لأنّها أكثرُ مُدّةِ الحملِ (فلو حكم بالقديمِ قاضٍ نُقِضَ) حكمُه (على الجديدِ في الأصحِّ) لِمُخالفته القياسَ الجليَّ؛ لأنّه جعله مَيِّتًا في النّكاحِ دون قِسمةِ المالِ الذي هو دون النّكاحِ في طَلَبِ الاحتياطِ ووجه عدمِ النّقْضِ الآتي في القضاءِ عندي أظهرُ لِوُضوحِ الفرقِ إذِ المالُ لا ضَرَرَ على الوارِثِ بتأخيرِ قِسمَته ولو فقيرًا؛ لأنّ وجودَه لا يمنعُه من تَحْصيلِ غيرِه بكسبٍ أو اقتراضٍ مثلًا فضَرَرُه يُمْكِنُه دَفْعَه بخلافِ الزوجةِ فإنّها لا تقدِرُ على دَفْعِ ضَرَرِ فقْدِ الزوجِ بوجهٍ فجازَ فيها ذلك دَفْعًا لِعِظَمِ الضّرَرِ الذي لا يُمْكِنُ تَدارُكُه، وفي نُفوذِ القضاءِ به وجهانِ صَحَّحَ الإسنَويُّ نُفوذَه ظاهرًا وباطِنًا كسائِرِ المختلَفِ فيه ويظهرُ أنّ هذا إنّما يتأتّى على عدمِ النّقْضِ أمّا على النّقْضِ فلا ينفُذُ مُطْلَقًا لِقولِ السُّبْكيِّ وغيرِه يَمْتَنِعُ التقليدُ فيما يُنْقَضُ.

(ولو نُكِحَتْ بعدَ التَرَبُّصِ والعِدّةِ) تصويرٌ إذِ المدارُ في الصِّحّةِ على نِكاحِها بعدَ العِدّةِ (فبانَ) الزوجُ (مَيِّتًا) قبلَ نِكاحِها بقدرِ العِدّةِ (صَحَّ) النّكاحُ (على الجديدِ) أيضًا (في الأصحِّ) اعتبارًا بما في نفسِ الأمرِ كما مَرَّ آنِفًا بما فيه أمّا إذا بانَ حَيًّا فهي له وإنْ تَزَوَّجَتْ بغيرِه وحكم به حاكِمٌ لكن لا يتمَتَّعُ بها حتى تعتَدَّ لِلثّاني؛ لأنّ وطْأَه بشُبهةٍ.

(ويجبُ الإحدادُ على مُعتَدّةِ وفاةٍ) بأيِّ وصْفٍ كانت للخبرِ المُتَّفَقِ عليه «لا يَحِلُّ لامرَأةٍ تُؤمِنُ باللّه واليوم الآخِرِ أنْ تَحُدَّ على مَيِّتٍ فوقَ ثلاثٍ إلا على زوجٍ أربَعةَ أشهرٍ وعَشرًا»[1] أي فإنّه يَحِلُّ لها الإحدادُ عليه هذه المُدّةَ أي يجبُ؛ لأنّ ما جازَ بعدَ امتناعِه وجَبَ وللإجماعِ على إرادَته إلا ما حُكيَ عن الحسَنِ البصْريِّ وذِكْرُ الأيمانِ للغالِبِ أو؛ لأنّه أبعَثُ على الامتثالِ وإلا فمَنْ لها أمانٌ يلزمُها ذلك أيضًا ويلزمُ الوليَّ أمرُ موَلّيَته به وعدلَ عن قولِ غيرِه المُتَوَفّى عنها ليشمَلَ حامِلًا من شُبهةٍ حالةَ

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ١٢٢١]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٨٦]، وغيرهما من حديث: أم حبيبة رضي الله عنها.

لا رَجْعيّةٍ، ويُسْتَحَبُّ لِبائِنٍ، وفي قولٍ يَجِبُ، وهو تَرْكُ لُبْسِ مَصْبوغٍ لِزينةٍ وإنْ خَشُنَ، وقيلَ يَحِلُّ ما صُبِغَ غَزْلُه ثم نُسِجَ، ويُباحُ غيرُ مَصْبوغٍ من قُطْنٍ وصوفٍ وكَتّانٍ، وكذا إبْرَيْسَمٌ في الأصَحِّ، ومَصْبوغٌ لا يُقْصَدُ لِزينةٍ، ويَحْرُمُ حُليُّ ذَهَبٍ وفِضّةٍ ....

الموت فلا يلزمُها إحدادٌ حالةَ الحملِ الواقعِ عن الشُّبْهةِ بل بعدَ وضْعِه ولو أحبَلها بشُبهةٍ، ثمّ تَزوَّجَها، ثمّ مات اعتدَّتْ بالوضعِ عنهما على أحدِ وجهَين رُجِّحَ ولا يَرِدُ على المتنِ؛ لأنّه يَصْدُقُ على ما بَقيَ أنّه عِدّةُ وفاةٍ فلَزِمَها الإحدادُ فيها وإنْ شارَكتْها الشُّبْهةُ (لا) على (رجعيّةٍ) لِبَقاءِ مُعْظَمِ أحكامِ النّكاحِ لها وعليها بل قال بعضُ الأصحابِ الأولى أنْ تَتَزيَّنَ بما يدعوه لِرَجْعَتِها وبِفرضِ صحّته وإلا فالمنقولُ عن الشافعيِّ نَدْبُ الإحدادِ لها فمَحَلُّه إنْ رَجَتْ عَوْدَه بالتَّزَيُّنِ ولم يُتَوَهَّمْ أنّه لِفَرَحِها بطلاقِه.

(ويُستَحَبُّ) الإحدادُ (لبائِنٍ) بخُلْعٍ أو ثلاثٍ أو فسخٍ لِئَلّا يُفْضيَ تَزيُّنُها لِفَسادِها (وفي قولٍ يجبُ) عليها كالمُتَوَفَّى عنها وفُرِّقَ الأوّلُ بأنّها مجفوّةٌ بالفِراقِ فلم يُناسِبْ حالُها وجوبَه بخلافِ تلك قيلَ قضيّةُ الخبرِ تَحْريمُه عليها ولم يقولوا به انتهى وليس قضيّتُه ذلك كما هو واضِحٌ من جَعْلِ المقسِمِ الإحدادُ على الميّت. (وهو) أي الإحدادُ من أحدَّ ويُقالُ فيه الحدّادُ من حَدَّ لُغةُ المنْعِ ويُرْوَى بالجيمِ وهو القطعُ واصطِلاحًا هنا (تركُ لُبسِ مَصبوغٍ) بما يُقْصَدُ (لِزينةٍ وإنْ خَشُنَ) لِلنّهْيِ الصّحيح عنه كالاكتحالِ والتّطَيُّبِ والاختضابِ والتّحَلّي وذِكْرُ المُعَصْفَرِ والمصْبوغِ بالمغرةِ بفتحِ أوّلِه في رِوايةٍ من بابِ ذِكْرِ بعضِ أفرادِ العامِّ على أنّه لِبَيانِ أنّ الصّبْغَ لا بُدَّ أنْ يكون لِزينةٍ (وقيلَ يَحِلُّ) لُبْسُ (ما صُبِغَ غَزْلُه، ثمّ نُسِجَ) للإذْنِ في ثَوْبِ العصْبِ في رِوايةٍ وهو بفتحٍ فسُكونٍ للمُهْمَلَتَين نَوْعٌ من البُرودِ يُصْبَغُ، ثمّ يُنْسَجُ وأُجيبَ بأنّه نُهيَ عنه في أخرى فتعارَضَتا والمعنى يُرَجِّحُ أنّه لا فرقَ بل هذا أبلَغُ في الزّينةِ إذْ لا يُصْبَغُ أوّلاً إلا رَفيعُ الثّيابِ (ويُباحُ غيرُ مَصبوغٍ) لم يحدُث فيه زينةٌ كنَقْشٍ (من قُطْنٍ وصوفٍ وكتّانٍ) على اختلافِ ألوانِها الخِلْقيّةِ وإنْ نَعُمت (وكذا إبرَيسَمٌ) لم يُصْبَغْ ولم يحدُث فيه ذلك أي حَريرٌ (في الأصحِّ) لِعدمِ حُدوثِ زينةٍ فيه وإنْ صُقِلَ وبَرِقَ ويوَجَّه بأنّ الغالِبَ فيه أنّه لا يُقْصَدُ لِزينةِ النّساءِ وبه يُرَدُّ ما أطالَ به الأذرَعيُّ وغيرُه من أنّ كثيرًا من نحوِ الأحمرِ والأصفَرِ الخِلْقيِّ يربو لِصَفاءِ صَقْلِه وشِدّةِ بريقِه على كثيرٍ من المصْبوغِ (و) يُباحُ (مَصبوغٌ لا يُقصَدُ لِزينةٍ) أصلاً بل لِنحوِ احتمالِ وسَخٍ أو مُصيبةٍ كأسوَدَ وما يقرَبُ منه كالمُشَبَّعِ من الأخضَرِ وكُحْليٍّ وما يقرَبُ منه كالمُشَبَّعِ من الأزرَقِ ولا يَرِدُ على عبارَته مَصبوغٌ تَرَدَّدَ بين الزّينةِ وغيرِها كالأخضَرِ والأزرَقِ؛ لأنّ فيه تفصيلاً هو أنّه إنْ كان بَرّاقًا صافيَ اللّوْنِ حَرُمَ وعبارَتُه الأولى قد تَشمَلُه؛ لأنّ الغالِبَ فيه حينئذٍ أنّه يُقصَدُ لِلزّينةِ وإلا فلا وعبارَتُه هذه تَشمَلُه؛ لأنّه لا يُقصَدُ به زينةٌ حينئذٍ.

(ويحرُمُ) طِرازٌ مُرَكَّبٌ على الثوبِ لا مَنسوجٌ معه إلا إنْ كثُرَ أي بأنْ عُدَّ الثوبُ بسببه ثَوْبَ زينةٍ فيما يظهرُ و(حُليُّ ذَهَبٍ وفِضّةٍ) ولو نحوَ خاتَمٍ وقُرطٍ لِلنّهيِ عنه ومنه مُمَوَّهٌ بأحدِهما أو مُشبِهُه إنْ

وكذا لُؤْلُؤٌ في الأَصَحِّ، وطيبٌ في بَدَنٍ وثَوْبٍ وطَعامٍ وكُحْلٍ، واكْتِحالٌ بإثْمِدٍ إلّا لِحاجةٍ كَرَمَدٍ، وإسْفيذاجٍ ودُمامٍ، وخِضابِ حِنّاءٍ، ونَحْوِه، ....

سترَه بحيثُ لا يُعْرَفُ إلا بتأمُّلٍ ويُفَرَّقُ بين هذا وما مَرَّ في الأواني بأنّ المدارَ هنا على مُجَرَّدِ الزّينةِ وثَمَّ على العين مع الخُيَلاءِ، وكذا نحوُ نُحاسٍ ووَدَعٍ وعاجٍ وذبلٍ إنْ كانت من قوْم يتحلَّوْنَ به نعم، يَحِلُّ لُبْسُه ليلاً فقط مع الكراهةِ إلا لِحاجةٍ كإحرازِه وفارَقَ حرمةَ اللُّبْسِ والتّطيُّبِ ليلاً بأنّهما يُحرِّكانِ الشّهْوةَ غالِبًا ولا كذلك الحُليُّ (وكذا) يحرُمُ (لُؤلُؤ) ونحوُه من الجواهرِ التي يتحلَّى بها ومنها العقيقُ (في الأصحّ) لِظُهورِ الزّينةِ فيها.

(و) يحرُمُ لِغيرِ حاجةٍ كما يأتي (طيبٌ) ابتداءً واستدامةً فإذا طَرَأت العِدّةُ عليه لَزِمَها إزالَتُه لِلنّهْيِ عنه ويُفَرَّقُ بينها وبين نظيرِه في المُحَرَّمِ بأنّه ثَمَّ من سُنَنِ الإحرام ولا كذلك هنا وبأنّه يُشَدَّدُ عليها هنا أكثرَ بدليلِ حرمةِ نحوِ الحِنّاءِ والمُعَصْفَرِ عليها هنا لا ثَمَّ (في بَدَنٍ) نعم، رَخَّصَ ﷺ لها أنْ تَتْبَعَ لِنحوِ حيضٍ قليلِ قِسطٍ أو أظفارٍ نَوْعَين من البخورِ للحاجةِ وألحَقَ الإسنَويُّ بها في ذلك المُحْرِمةَ وخالفه الزّركشيُّ والأوجه الأوّلُ (وثوْبٍ وطَعامٍ و) في (كُحْلٍ) والضّابِطُ أنّ كلَّ ما حَرُمَ على المُحْرِمِ من الطّيبِ والدُّهْنِ لِنحوِ الرّأسِ واللِّحْيةِ حَرُمَ هنا لكن لا فِدْيةَ لِعدمِ النّصِّ وليس للقياسِ فيها مَدْخَلٌ وكلُّ ما حَلَّ له ثَمَّ حَلَّ هنا (و) يحرُمُ (اكتحالٌ بإثمِدٍ) ولو غيرَ مُطَيَّبٍ وإنْ كانت سوْداءَ لِلنّهْيِ عنه وهو الأسوَدُ ومثلُه نصًّا الأصفرُ وهو الصّبْرُ بفتحٍ أو كسرٍ فسُكونٍ وبِفتحٍ فكسرٍ ولو على بَيْضاءَ لا الأبيَضُ كالتّوتياءِ إذْ لا زينةَ فيه (إلا لِحاجةٍ كرَمَدٍ) فتجعَلُه ليلاً وتمسَحُه نَهارًا إلا إنْ أضرَّها مسحُه؛ لأنّه ﷺ رَأى صَبْرًا بعَيْنَيْ أُمِّ سلَمةَ وهي مُحِدّةٌ على أبي سلَمةَ فزَجَرَها فأجابَتْ بأنّه لا طيبَ فيه فأجابَها بأنّه يَزيدُ حُسنَ الوجه، ثمّ قال: «فلا تجعَليه إلا ليلاً وامسَحيه نَهارًا»[1] واعترِضَ بأنّ في إسنادِه مجهولاً وبأنّه صَحَّ النّهيُ عنه وإنْ خَشيَت المرأةُ انفِقاءَ عَينِها ورُدَّ بأنّ المُرادَ وإن انفَقَأتْ في زَعْمِك فإنّي أعلَمُ أنّها لا تنفَقِئُ وبُحِثَ أنّها لو احتاجَتْ لِلدُّهْنِ أي أو الطّيبِ جازَ أيضًا، وقد يشمَلُه المتنُ ويظهرُ ضَبْطُ الحاجةِ هنا، وفي الكُحْلِ سواءٌ ما في اللّيْلِ والنّهارِ وإن اقتضى بعضُ العبارات أنّه يُكْتَفَى في اللّيْلِ بالحاجةِ ويُشْتَرَطُ في النّهارِ الضّرورةُ بخَشْيةِ مُبيحِ تَيَمُّمٍ وحيثُ زالَتْ وجَبَ مسحُه أو غَسلُه فوْرًا كالمُحْرِمِ كما هو ظاهرٌ.

(و) يحرُمُ (اسفيذاجٌ) بمُعْجَمةٍ وهو من رَصاصٍ يُحَسَّنُ به الوجه (ودِمامٌ) بضَمٍّ أو كسرِ المُهْمَلةِ وهو الحُمْرةُ التي يوَرَّدُ بها الخدُّ (و) تَسويدُ أو تصغيرُ الحاجِبِ وتَطْريفُ الأصابعِ و(خِضابُ حِنّاءٍ ونحوه) كوَرْسٍ لِما يظهرُ أي في المِهْنةِ غالِبًا فيما يظهرُ وتجعيدُ صُدْغٍ وتصفيفُ طُرّةٍ؛ لأنّ ذلك كلَّه لِلزّينةِ.

(١) [ضعيف] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٢٣٠٥]، والنسائي في (سننه) [رقم/ ٣٥٣٧]، والبيهقي في (السنن الكبرى) [٧/ ٤٤٠]، وغيرهم من حديث: أم سلمة رضي الله عنها به نحوه.
قلتُ: حديث ضعيف. ينظر: (ضعيف سنن أبي داود) للألباني [رقم/ ٥٠٢].

ويَحِلُّ تَجميلُ فِراشٍ وأثاثٍ، وتَنْظيفٌ بغَسْلِ نَحْوِ رأسٍ وقَلْمٍ وإزالةِ وسَخٍ قُلْتُ: ويَحِلُّ امتِشاطٌ وحَمّامٌ إنْ لم يَكُنْ خُروجٌ مُحرَّمٌ، ولو تَرَكَت الإحْدادَ عَصَتْ وانْقَضَت العِدّةُ كما لو فارَقَت المسْكَنَ، ولو بلَغَتْها الوفاةُ بعد المُدّةِ كانتْ مُنْقَضيةً، ولها إحْدادٌ على غيرِ زَوْجٍ ثَلاثةَ أيّامٍ، وتَحْرُمُ الزّيادةُ، واللَّه أعْلمُ.

فَصْلٌ

تَجِبُ سُكْنَى لِمُعْتَدّةِ طَلاقٍ ولو بائِنٍ، ....

(تنبية) ما نصّوا على أنّه زينةٌ لو اطَّرَدَ في مَحَلٍّ أنّه ليس زينةً هل يُعْتَبَرُ هذا أو لا مَحَلَّ نَظَرٍ وظاهرُ كلامِهم الثاني؛ لأنّه لا عبرةَ بعُرْفٍ حادِثٍ ولا خاصٍّ مع عُرْفٍ أصليٍّ أو عامٍّ ولا يُنافيه ما مَرَّ في نحوِ النُّحاسِ والودَعِ؛ لأنّ ذلك لم يَنُصّوا فيه على شيءٍ لِتَرَدُّدِ نَظَرِهم فيه ومَرَّ في أعمالِ المُساقاةِ ما يُؤَيِّدُ ذلك. (ويَحِلُّ تجميلُ فِراشٍ وأثاثٍ) بمُثلَّثَتين وهو مَتاعُ البيت بأنْ تُزَيِّنَ بيتَها بأنواعِ الملابِسِ والأواني ونحوِهِما؛ لأنّ الإحدادَ خاصٌّ بالبدَنِ ومن ثَمَّ حَلَّ لها الجُلوسُ على الحريرِ قال ابنُ الرِّفعةِ لا الالتحافُ به؛ لأنّه كاللُّبْسِ قال الزّركشيُّ إلا ليلاً كالحُليِّ ويَرُدُّه الفرقُ السّابِقُ بين الحُليِّ واللُّبْسِ (و) يَحِلُّ (تنظيفٌ بغَسلِ نحوِ رَأسٍ وقَلْمٍ) لأظْفارٍ وإزالةِ شَعْرِ نحوِ عانةٍ (وإزالةِ وسَخٍ) بسِدْرٍ أو نحوِه؛ لأنّ ذلك ليس من الزّينةِ المُرادةِ هنا وهي التي تَدْعو للوَطْءِ فلا يُنافي عَدَّهم له في الجُمُعةِ من الزّينةِ (قُلْت ويَحِلُّ امتشاطٌ) من غيرِ ترجيلٍ ولا دَهْنٍ وحَمّامٌ (إن لم يكن) فيه (خُروجٌ مُحرَّمٌ) لِعدمِ الزّينةِ. (ولو تَرَكت الإحدادَ) الواجبَ كلَّ المُدّةِ أو بعضَها (عَصَتْ) الكامِلةُ العالِمةُ بوجوبه ووَليُّ غيرِها (وانقضت العِدّةُ كما لو فارَقت المسكنَ) اللاّزِمَ لها مُلازَمَتُه فإنّها أو وليُّها تعصي وتنقضي العِدّةُ بمُضيِّ المُدّةِ (ولو بَلَغَتْها الوفاةُ) أو الطّلاقُ (بعدَ المُدّةِ) أي مُدّةِ العِدّةِ (كانت مُنقضيةً) بمُضيِّ مُدَّتها.

(ولها) أي المرأةِ المُزَوَّجةِ وغيرِها (إحدادٌ على غيرِ زوجٍ) من قريبٍ وسيِّدٍ، وكذا أجنَبيٌّ حيثُ لا ريبةَ فيما يظهرُ، ثمّ رأيت شارِحين تَخالَفوا فيه وما فصَّلْته أوجَه كما لا يخفى وظاهرٌ أنّ الزوجَ لو مَنَعَها مِمّا ينقُصُ به تَمَتُّعُه حَرُمَ عليها فعلُه (ثلاثةَ أيام) فأقَلَّ (وتَحرُمُ الزّيادةُ) عليها إنْ قصَدَتْ بها الإحدادَ (واللّه أعلمُ) لِمفهومِ الخبرِ السّابِقِ ولأنّ فيها إظْهارَ عدمِ الرِّضا بالقضاءِ ولم يَجُزْ ذلك في المعتدّةِ لِحَبْسِها على المقصودِ من العِدّةِ وبحث الإمامُ أنّ لِلرَّجُلِ التَحزُّنَ مُدّةَ الثلاثةِ وردَّه ابنُ الرِّفعةِ بأنّ ذلك إنّما شُرِعَ لِلنّساءِ لِنَقْصِ عقلِهِنّ المقتضي لِعدمِ الصَّبْرِ مع أنّ الشرعَ ألزَمَهُنّ بالإحدادِ دون الرِّجالِ وبِفرضِ صحّةِ كلامِ الإمامِ فمَحَلُّه في تَحَزُّنٍ بغيرِ تَغْييرِ مَلْبوسٍ ونحوِه وإلا حَرُمَ عليه كما مَرَّ في الجنائِزِ.

فصل في سُكْنَى المعتدّةِ

(تجبُ سُكْنَى لِمُعتَدّةِ طلاقٍ ولو) هي (بائِنٌ) بخُلْعٍ أو ثلاثٍ إلى انقضاءِ عِدَّتها ولو حائِلاً بأيِّ صِفة

إلّا ناشِزةً، وَلِمُعْتَدّةِ وفاةٍ في الأَظْهَرِ، وَفَسْخٌ على المذْهَبِ، وتُسَكَّنُ في مَسْكَنٍ كانتْ فيه عندَ الفُرْقةِ، وليس لِلزَّوْجِ وغيرِه إخْراجُها، ولا لَها خُروجٌ قُلْت: ولها الخُروجُ في عِدّةِ وفاةٍ، وكذا بائِنٌ ....

كانت وإنْ تَراضَيا على عدمِها للآيةِ (إلا ناشِزةً) حالَ الفِراقِ أو أثناءَ العِدّةِ فلا سُكْنَى لها حتى تَعودَ لِلطّاعةِ كصُلْبِ النّكاحِ، وفي مُدّةِ النُّشوزِ يرجعُ عليها مُؤجِرُ المسكنِ بأُجْرَتِه وقياسُه أنّه لو كان ملك الزوجِ رجع هو عليها بذلك ومثلُها كلُّ مَنْ لا نفقةَ لها حالةَ النّكاحِ كصَغيرةٍ لا تحتَمِلُ وطْئًا ويُتَصَوَّرُ وجوبُ العِدّةِ عليها باستدخالِ الماءِ وأمةٍ لا نفقةَ لها نعم، لِلزوجِ أو وارِثِه إجبارُ مَنْ لا نفقةَ لها على مُلازَمةِ المسكنِ تَحصينًا لِمائِه ويُؤخَذُ منه أنّ مَحلَّه فيمَنْ يُمْكِنُ حملُها إلا أنْ يُقال التعبيرُ بذلك للأغلَبِ لِذِكْرِه في المُتَوفَّى عنها كما يأتي وهو غيرُ مُعتَبَرٍ فيها اتّفاقًا ولا يُمَكَّنُ من ذلك في الأمةِ إلا بعدَ فراغِ خِدْمَتِها.

(و) تجبُ أيضًا (لِمُعتَدّةِ وفاةٍ) حيثُ وُجِدَتْ تَرِكةٌ فتُقَدَّمُ على الدُّيونِ المُرْسَلةِ في الذِّمّةِ (في الأظهرِ) للخبرِ الصّحيحِ به وإنّما لم تجبْ نفقتُها كالبائِنِ غيرِ الحامِلِ؛ لأنّها لِلسَّلْطَنةِ، وقد فاتَتْ والسُّكْنَى لِصونِ مائِه وهو موجودٌ ويُسَنُّ لِلسُّلْطانِ حيثُ لا تَرِكةَ ولا مُتَبَرِّعَ إسكانُها من بيت المالِ كذا أطلقوه ولو قيلَ يجبُ كوَفاءِ دَينه بل أولى؛ لأنّ هنا حَقًّا لِلّه أيضًا لم يَبْعُدْ ولو غابَ المُطَلِّقُ ولا مسكنَ له اكترى الحاكِمُ مسكنًا من مالِه إنْ كان وإلا اقترَضَ أو أذِنَ لها أنْ تقترِضَ عليه أو تَكْتَرِيَ من مالِها وحينئذٍ ترجِعُ فإنْ فعلَتْه بلا إذْنٍ لم ترجِعْ إلا إنْ عَجَزَتْ عن استئْذانِه وقَصَدَت الرُّجوعَ وأشهَدَتْ على ذلك ولو مَضَت العِدّةُ أو بعضُها ولم تُطالِبْ بالسُّكْنَى لم تَصِرْ دَيْنًا في الذِّمّةِ بخلافِ النّفقة؛ لأنّها مُعاوَضةٌ ولو تَبَرَّعَ وارِثٌ بإسكانِها لَزِمَها الإجابةُ ومثلُه الإمامُ فيما يظهرُ أو أجنبيٌّ ولا ريبةَ فكذلك على المعتمدِ وفارَقَ وفاءَ الدّين بأنّ هنا حَقًّا لِلّه تعالى فلَزِمَ القبولُ لأجلِه على أنّ حِفْظَ الأنسابِ يُحْتاطُ له أكثرَ ولا نَظَرَ للمِنّةِ؛ لأنّها ليستْ عليها بل على الميِّت.

(و) لِمُعتَدّةِ (فسخٍ) أو انفِساخٍ غيرِ نحوِ ناشِزةٍ ولو حائِلًا (على المذهبِ) من تَناقُضٍ لهما فيه كالطّلاقِ بخلافِ مُعتَدّةٍ عن وطْءِ شُبهةٍ كنِكاحٍ فاسِدٍ وأُمِّ ولَدٍ ولو حامِلينِ نعم، يجبُ على الأولى مُلازَمةُ المسكنِ لِحَقِّ اللّه تعالى وهل يَلْحَقُ بها الثانيةُ مَحَلُّ نَظَرٍ (وتَسكُنُ) وجوبًا (في مسكنٍ كانت فيه عندَ الفُرْقة) بإذْنِ الزوجِ إنْ لاقَ بها حينئذٍ وأمكنَ بَقاؤُها فيه لاستحْقاقِه منفعتَه أمّا إذا فورِقت وهي بمسكنٍ لم يأذَنْ فيه فسيأتي.

(وليس لِزوجٍ وغيرِه إخراجُها) ولو رجعيّةً كما أطلقَه الجمهورُ ونصَّ عليه في الأُمِّ واعتمده الإمامُ وجَمع مُتأخِّرون بل قال الأذرَعيُّ خلافُه شاذٌّ لكن العِراقيّون على أنّ له إسكانَها حيثُ شاءَ؛ لأنّها كالزوجةِ وجزم به المُصَنِّفُ في نُكته واعتمده الإسنَويُّ وغيرُه (ولا لها خُروجٌ) وإنْ رَضيَ به الزوجُ فيمنعُها الحاكِمُ وجوبًا لِحَقِّ اللّه تعالى (قُلْت: ولها الخُروجُ في عِدّةِ وفاةٍ، وكذا بائِنٌ) بفسخٍ أو طلاقٍ

في النّهارِ لِشراءِ طَعامٍ وغَزْلٍ ونَحْوِه، وكذا لَيْلاً إلى دارِ جارةٍ لِغَزْلٍ وحَديثٍ ونَحْوِهما بشَرْطِ أنْ تَرْجِعَ وتَبيتَ في بَيْتِها، وَتَنْتَقِلُ مِن المسكَنِ لِخَوْفٍ من هَدْمٍ أو غَرَقٍ أو على نفسِها، أو تأذَّتْ بالجيرانِ، أو هَمَّ بها أذَى شَديدًا، واللَّه أعْلَمُ.

(في النّهارِ لِشراءِ طَعامٍ و) بيعِ أو شراءِ (غَزْلٍ ونحوِه) كقُطْنٍ ولِنحوِ احتطابٍ إنْ لم تَجِدْ مَنْ يقومُ لها بذلك ونحوَ إقامةِ حَدٍّ على بَرْزةٍ لا مُخَدَّرةٍ فيأتيها الحاكِمُ أو نائِبُه لإقامَته كالتحليفِ وذلك لِخبرِ مسلم (أنّه ﷺ أذِنَ لِمطَلَّقة ثلاثًا أنْ تخرُجَ لِجُذاذِ نَخْلِها) وقيسَ به غيرُه قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ونَخْلُ الأنصارِ قريبٌ من دورِهم ويُؤْخَذُ منه تقييدُ نحوِ السّوقِ والمُحْتَطَبِ بالقريبِ من البلَدِ المنسوبِ إليها وإلا فيظهرُ أنّها لا تخرُجُ إليه إلا لِضرورةٍ ولا تَكْفي الحاجةُ ومَحَلُّه إنْ أمِنَتْ والواوُ في كلامِه بمعنى أو أمّا الرّجْعيّةُ فلا تخرُجُ إلا بإذْنِه أو لِضَرورةٍ؛ لأنّ عليه القيامَ بجميعِ مُؤَنِها كالزوجةِ ومثلُها بائِنٌ حامِلٌ وقَيَّدَها السُّبْكيُّ وغيرُه بما إذا خرجتْ لِلنّفَقة؛ لأنّها مَكْفيّةٌ بخلافِ خُروجِها لِنحوِ شراءِ قُطْنٍ أو طَعامٍ، وقد أُعْطيت النّفَقة دَراهِمَ ولا يأتي هذا في الرّجْعيّةِ لِما تقرّر أنّها في حكمِ الزوجةِ أمّا اللّيْلُ ولو أوّله خلافًا لِبعضِهم فلا تخرُجُ فيه مُطْلَقًا لِذلك؛ لأنّه مَظِنّةُ الفسادِ إلا إذا لم يُمْكِنْها ذلك نَهارًا أي وأمِنَتْ كما بحثه أبو زُرْعةَ.

(وكذا) لها الخُروجُ (ليلاً إلى دارِ جارةٍ) بشرطِ أنْ تأمَنَ على نفسِها يقينًا ويظهرُ أنّ المُرادَ بالجارِ هنا المُلاصِقُ أو مُلاصِقة ونحوُه لا ما مَرَّ في الوصيّةِ (لِغَزْلٍ وحديثٍ ونحوِهما) لكن (بشرطِ) أنْ يكون زَمَنُ ذلك بقدرِ العادةِ وأنْ لا يكون عندَها مَنْ يُحَدِّثُها ويُؤْنِسُها على الأوجه و(أنْ ترجِعَ وتَبيتَ في بيتها) لإذْنِه ﷺ في ذلك كما في خبرِ مُرْسَلٍ اعْتُضِدَ بقولِ ابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بما يوافِقُهُ. (وتنتَقِلُ) جوازًا (من المسكنِ لِخوفٍ) على نفسِها أو نحوِ ولَدِها أو مالٍ ولو لِغيرِها كوديعةٍ وإنْ قلَّ أو اختصاصٍ كذلك فيما يظهرُ (من) نحوِ (هَدْمٍ أو غَرَقٍ) أو سارِقٍ (أو) لِخوفٍ (على نفسِها) ما دامت فيه من ريبةٍ لِلضّرورةِ وظاهرٌ أنّه يجبُ الانتقالُ حيثُ ظَنّتْ فتنةً كخوفٍ على نحوِ بُضْعٍ ومن ذلك أنْ ينتَجِعَ قوْمُ البدَويّةِ وتخشَى من التّخَلُّفِ كما يأتي (أو تأذَّتْ بالجيرانِ) أذًى شَديدًا أي لا يُحْتَمَلُ عادةً فيما يظهرُ (أو هم) تأذَّوْا (بها أذًى شَديدًا) كذلك (واللَّه أعلمُ) لِلضّرورةِ أيضًا وروَى مسلمٌ «أنّ فاطِمةَ بنتَ قَيْسٍ كانت تبذو على أحمائِها فنَقَلَها ﷺ عنهم إلى بيت ابنِ أُمِّ مَكْتوم» ولا يُعارِضُه رِوايةُ نَقْلِها لِخوفِ مَكانِها لاحتمالِ تكرُّرِ الواقعةِ وبِفرضِ اتّحادِها فاقتصارُ كلِّ راوٍ على أحدِهما لِبيانِ الاكتفاءِ به وحدَه في العُذْرِ فعُلِمَ أنّ من الجيرانِ الأحماءُ وهم أقارِبُ الزوجِ نعم، إنْ كانوا في دارِها وإن اتّسَعَتْ فيما يظهرُ خلافًا لِمَنْ قَيَّدَ بضيقِها نُقِلوا هم لا هي لِعدمِ الحاجةِ لا الأبوانِ وإن اشتَدَّ الشّقاقُ بينهم؛ لأنّه لا يَطولُ غالِبًا.

(تنبيهٌ) يَتعيَّنُ حملُ المتنِ على ما إذا كان تأذّيهم بأمرٍ لم تَتعدَّ هي به وإلا أُجْبِرَتْ على تركِه ولم يَحِلَّ لها الانتقالُ حينئذٍ كما هو ظاهرٌ ولها النُّقْلةُ أيضًا بل يلزمُها كما هو ظاهرٌ إذا فورِقت بدارٍ

ولو انْتَقَلَتْ إلى مَسْكَنٍ بإذْنِ الزّوْجِ فَوَجَبَت العِدّةُ قبلَ وُصولِها إليه اعْتَدَّتْ فيه على النّصِّ أو بغيرِ إذْنٍ فَفي الأوَّلِ، وكذا لو أَذِنَ ثم وجَبَتْ قبلَ الخُروجِ، ولو أذِنَ في الانْتِقالِ إلى بلَدٍ فَكَمَسْكَنٍ، أو في سَفَرِ حَجٍّ أو تِجارةٍ ثم وجَبَتْ في الطّريقِ فَلَها الرُّجوعُ والمُضيُّ، فإنْ مَضَتْ أقامَتْ لِقَضاءِ حاجَتِها ثم يَجِبُ الرُّجوعُ لِتَعْتَدَّ البقيّةَ في المسْكَنِ.

الحربِ ولم تأمَنْ بإقامَتها ثَمَّ على نحوِ بُضْعِها أو دينِها وأمِنَتْ في الطّريقِ، وكذا إنْ كان خوفُها أقلَّ فيما يظهرُ ويجبُ تَغْريبُها لِلزّنا إلا إذا بَقيَ من العِدّةِ نحوُ ثلاثةِ أيّامٍ فقط على ما بحثه الأذرعيُّ فيُؤَخَّرُ تَغْريبُها لانقضائِها وإذا رجع المُعيرُ أو انقضت مُدّةُ الإجارةِ كما يأتي أو كان عليها ما يلزمُها أداؤُه فوْرًا وانحَصَرَ فيها وحيثُ انتقَلَتْ وجَبَ الاقتصارُ على أقربِ مسكنٍ صالِحٍ إلى ما كانت فيه على ما يأتي وليس لها خُروجٌ لِنحوِ استنماءِ مالٍ وتعجيلِ حِجّةِ الإسلامِ وإنْ كانت بمكّةَ على ما اقتضاه إطلاقُهُمْ.

(ولو انتقَلَتْ) ببَدَنِها إذْ لا عبرةَ بالأمتعةِ (إلى مسكنٍ) في البلَدِ (بإذْنِ الزوجِ فوَجَبَت العِدّةُ) بموتٍ أو طلاقٍ (قبلَ وُصولِها إليه) وبعدَ مُفارَقة الأوّلِ (اعتَدّتْ) وجوبًا (فيه) أي الثاني وإنْ كان أبعد إليها من الأوّلِ أو رجعتْ إليه لأخذِ مَتاع (على النصّ) في الأُمّ لإعراضِها عن الأوّلِ بحَقٍّ قبلَ الفِراقِ أمّا بعدَ وُصولِها إليه فتعتَدُّ فيه قطعًا. (أو) انتقَلَتْ إليه (بغيرِ إذْنٍ) من الزوجِ (ففي الأوّلِ) يلزمُها الاعتدادُ وإنْ لم تجب العِدّةُ إلا بعدَ وُصولِها لِلثّاني لِعِصْيانِها بذلك نعم، إنْ أذِنَ لها الزوجُ بعدَ وُصولِها إليه في المقامِ به كان كالنُّقْلةِ بإذْنِه (وكذا) تعتَدُّ في الأوّلِ (لو أذِنَ) لها في النُّقْلةِ منه (ثمّ وجَبَتْ) العِدّةُ (قبلَ الخُروجِ) منه؛ لأنّه الذي وجَبَتْ فيه العِدّةُ (ولو أذِنَ) لها (في الانتقالِ إلى بَلَدٍ فك) الإذْنِ لها في الانتقالِ من مسكنٍ إلى (مسكنٍ) فيأتي هنا ذلك التّفْصيلُ ومنه تعيُّنُ الأوّلِ إنْ وجَبَتْ قبلَ مُفارَقة بُنْيانِ بَلَدِه أي بِإنْ لم تَصِلْ لِما يُباحُ القصْرُ فيه وإلا فالثاني.

(أو) أذِنَ لها (في سفرِ حَجٍّ) ولو نفلًا (أو)، وفي نُسَخٍ بالواوِ والأولى أظهرُ (تجارةٍ) أو غيرِهِما من كلِّ سفرٍ مُباحٍ ولو سفرَ نُزْهةٍ وزيارةٍ (ثمّ وجَبَتْ) العِدّةُ (في الطّريقِ؛ فلها الرُّجوعُ) إلى مسكنِها وهو الأولى (و) لها (المُضيُّ) إلى غرَضِها لِمَشَقّة الرُّجوعِ مَشَقّة ظاهرةً وهي مُعتَدّةٌ مَضَتْ أو عادَتْ (فإنْ مَضَتْ) وبَلَغَت المقصِدَ قبلَ انقضاءِ العِدّةِ أو وجَبَتْ بعدَ أنْ بَلَغَتْه فقولُه في الطّريقِ قيْدٌ لِلتّخْييرِ الذي ذكرَه لا لِقولِه (أقامت) فيه (لِقَضاءِ حاجَتها) إنْ كانت وإلا فثلاثةُ أيّامٍ كامِلةٍ إنْ لم يُقَدِّرْ لها مُدّةً وإلا فما قدَّرَه (ثمّ) عَقِبَ فراغِ إقامَتها الجائزةِ (يجبُ) عليها (الرُّجوعُ) فوْرًا إنْ أمِنَتْ على نفسِها ومالِها ووَجَدَتْ رُفْقة ولو قبلَ ثلاثةِ أيّامٍ في الأولى كما في الروضةِ وإنْ نازع فيه جمعٌ (لِتعتَدَّ البقيّةَ في المسكنِ) الذي فورِقت فيه أو بقُربِه إذْ يلزمُها الرُّجوعُ فوْرًا وإنْ علمت انقضاءَ البقيّةِ قبلَ وُصولِها إليه وخرج بفي الطّريقِ ما لو وجَبَتْ قبلَ مُفارَقة العُمْرانِ فيلزمُها العودُ ولو أذِنَ لها في النُّقْلةِ لِمسكنٍ آخرَ في البلَدِ وقَدَّرَ لها مُدّةً فانتقَلَتْ، ثمّ لَزِمتها العِدّةُ أقامت به مُقَدَّرَه كذا قيلَ وقياسُ ما تقرّر أنّها تعتَدُّ فيه ولا يَجوزُ لها الرُّجوعُ للأوّلِ كما يُصَرِّحُ به كلامُهم ولو سافَرَتْ معه لِحاجَته ففارَقَها لَزِمَها العودُ

ولو خرجتْ إلى غيرِ الدّارِ المألوفةِ فَطَلَّقَ وقال ما أذِنْت في الخُروجِ صُدِّقَ بيَمينِه، ولو قالتْ: نَقَلْتَني فقال بل أذِنْت لِحاجةٍ صُدِّقَ على المذْهَبِ، وَمَنْزِلُ بَدَوِيّةٍ وبَيْتُها من شَعْرٍ كَمَنْزِلِ حَضَرِيّةٍ، وإذا كان المسْكَنُ له ويَليقُ بها تَعَيَّنَ. وَلا يَصِحُّ بَيْعُه إلّا في عِدّةِ ذاتِ أشْهُرٍ فكَمُسْتأجِرٍ، وقيلَ باطِلٌ، ....

نعم، لها إقامةُ ثلاثةِ أيّامٍ كامِلةٍ بمَحَلِّ الفُرْقة؛ لأنّ سفرَها كان تابعًا لِسفَرِه، وقد فاتَ فأُمْهِلَتْ ذلك لا أكثرَ منه؛ لأنه مُدّةُ تأهُّبِ المُسافِرِ غالِبًا.

(ولو خرجتْ إلى غيرِ الدّارِ) أو البَلَدِ (المألوفة) لِمسكنِها (فطَلَّقَ وقال ما أذِنْت في الخُروجِ) وقالتْ بل أذِنْت (صُدِّقَ بيَمينِه) أنّه لم يأذَنْ ووارِثُه أنّه لم يعلم أنّ مورِّثَه أذِنَ؛ لأنّ الأصلَ عدمُ الإذْنِ فترجِعُ فوْرًا بعدَ حَلِفِه للمألوفة. (ولو قالتْ) له (نَقَلْتَني) أي أذِنْتَ لي في النُّقْلةِ في هذه الدّارِ فلا يلزمُني الرُّجوعُ (فقال بل أذِنْت) في الخُروجِ إليها لكن (لِحاجةٍ) أو لا لِنُقْلةٍ فيلزمُكِ الرُّجوعُ (صُدِّقَ) بيَمينِه أيضًا أنّه لم يأذَنْ في النُّقْلةِ (على المذهبِ)؛ لأنّه أعلمُ بقَصْدِه ولو وقَعَ هذا الاختلافُ بينها وبين الوارِثِ صُدِّقت بيَمينِها؛ لأنّها أعرَفُ منه بما جَرى ولِتَرَجُّحِ جانِبِها بوجودِها في الثاني مع كونِ الوارِثِ أجنَبِيًّا عنهما فضَعُفَ عن الزوجِ وتُصَدَّقُ هي أيضًا لو اتّفقا على لفظِ النُّقْلةِ واختلفا هل ضَمَّ إليه ذِكْرُ نحوِ نُزْهةٍ أو شهرٍ فأنكرتْ هذا الضَّمَّ؛ لأنّ الأصلَ عدمُه.

(ومنزلُ بَدَوِيّةٍ وبيتُها من) نحوِ (شَعْرٍ كمنزلِ حَضَرِيّةٍ) فيما ذُكِرَ من وجوبِ مُلازَمَته في العِدّةِ نعم، لها الانتقالُ مع حَيِّها إن انتقَلوا كلُّهم لِلضَّرورةِ ولها مُفارَقَتُهم للإقامةِ بقَرْيةٍ في الطّريقِ؛ لأنّها ألْيَقُ بها وبه فارَقَت الحضَرِيّةَ السّابِقة فإنّه لا يَجوزُ لها ذلك بل يَتعيَّنُ عليها إمّا العودُ للمسكنِ أو الوُصولِ للمقصِدِ فإن ارتَحَلَ بعضُهم وهو غيرُ أهلِها، وفي المُقيمين قوّةٌ أو مَنَعةٌ أقامت وإلا فلا أو أهلُها تخَيَّرَتْ غيرُ رجعيّةٍ اختارَ الزوجُ إقامَتَها لِمَشَقة مُفارَقة الأهلِ مع خطرِ الباديةِ في الجُمْلةِ وبه يُفَرَّقُ بين أهلِها وأهلِ الحضَرِيّةِ ولا عبرةَ بالارتحالِ مع نيّةِ العودِ أو قُربِه عُرْفًا على الأوجَه إلا إنْ خافت لو أقامت. (وإذا كان المسكنُ) مُستَحَقًّا (له) ولم يَتعلَّقْ به حَقٌّ للغيرِ (ويَليقُ بها تعيَّنَ) مُكْثُها فيه إلا لِعُذْرٍ مِمّا مَرَّ أمّا إذا تعلَّقَ به حَقٌّ كرَهْنٍ، وقد بيعَ في الدَّينِ لِتعذُّرِ وفائِه من غيرِه ولم يرضَ مشتريه بإقامَتِها فيه بأُجرةِ المثلِ فتنتَقِلُ منه أمّا ما لا يَليقُ بها فلا تُكلَّفُه كالزوجةِ خلافًا لِمَنْ فرَّقَ.

(ولا يصحُّ بيعُه) أي المسكنِ المذكورِ لِعدمِ انضِباطِ المُدّةِ نعم، يظهرُ صحّةُ بيعِه لها أخذًا من نظيرِه السّابِقِ في الموصَى له بالمنفعةِ مُدّةً مجهولةً (إلا في عِدّةِ ذاتِ أشهرٍ ف) بيعُه حينئذٍ (ك) بيعِ (مُستأجَرٍ) فيَجْري فيه خلافُه والأصحُّ صحّتُه فإنْ حاضَتْ في أثنائِها وانتقَلَتْ إلى الأقراءِ لم ينفَسِخْ فيُخَيَّرُ المشتري (وقيلَ) بيعُه في عِدّةِ الأشهرِ (باطِلٌ) قطعًا ولا يَجْري فيه خلافُ المُستأجِرِ؛ لأنّها قد تَموتُ في المُدّةِ فترجِعُ المنفعةُ للبائِعِ أي على أحدِ وجهَين مَرَّ في بيعِ المُستأجِرِ إذا انفَسَخَت الإجارةُ وذلك غَرَرٌ بخلافِ المُستأجِرِ يَموتُ فإنّ المنفعةَ لِورثَته ويُرَدُّ بأنّه لو فُرِضَ أنّ فيه غَرَرًا يكونُ مُتَوَقَّعًا

أو مُسْتَعارًا لَزِمَتْها فيه، فإنْ رجع المُعيرُ ولم يَرْضَ بأُجْرةٍ نُقِلَتْ، وكذا مُسْتأجَرٌ انْقَضَتْ مُدَّتُه، أو لَها استمَرَّتْ وطَلَبَت الأُجْرةَ، فإنْ كان مَسْكَنُ النِّكاحِ نَفيسًا فَلَه النَّقْلُ إلى لائِقٍ بها، أو خَسيسًا، فَلَها الامتِناعُ، وليس له مُساكَنَتِها ولا مُداخَلَتِها، فإنْ كان في الدّارِ مَحْرَمٌ لَها مُمَيِّزٌ ....

لا مُحَقَّقًا ومُستقبَلًا لا حالاً وما هو كذلك لا يُؤَثِّرُ. (أو) فورِقت وهي بمسكنٍ وكان (مُستعارًا لَزِمتها فيه) وامتنع نَقْلُها (فإنْ رجع المُعيرُ) في عاريَّته له (ولم يرضَ بأُجرةٍ) لِمثلِه أو طَرَأ عليه نحوُ جُنونٍ أو سفَهٍ أو زالَ استحْقاقُه لِمنفعته لِنحوِ انقضاءِ إجارةٍ (نُقِلَتْ) منه وجوبًا لِلضَّرورةِ فإنْ رَضيَ بها لَزِمَه بَذْلُها وامتنع خُروجُها ولو لِملكِه المُلاصِقِ له كما شَمِله كلامُهم وبحث في المطْلَبِ أنّه لو أعارَه لِسُكْنَى مُعتَدّةٍ عالِمًا بذلك لَزِمت العاريّةُ لِحَقِّ اللّه تعالى كما تَلْزَمُ في نحوِ دَفْنِ مَيِّتٍ لكن فرَّقَ الرّويانيُّ بين لُزومِها في نحوِ الإعارةِ للبِناءِ وعدمِه هنا بأنّه لا مَشَقةَ ولا ضَرورةَ في انتقالِها هنا لو رجع بخلافِ نحو الهدْمِ ثَمَّ فكذا يُقالُ هنا والأوجَه أنّ المُعيرَ الرّاجِعَ لو رَضيَ بسُكْناها بعدَ انتقالِها لِمُعارٍ أو مُستأجَرٍ لم يلزمْها العودُ للأوّلِ؛ لأنّها لا تأمَنُ رُجوعَه بعدُ.

(وكذا مُستأجَرٌ انقضت مُدّتُه) فلْتُنْقَلْ منه إنْ لم يُجَدِّد المالِكُ إجارةً بأُجْرةِ المثلِ (أو) لَزِمتها العِدّةُ وهي بمسكنٍ مُستَحَقٍّ (لها استمَرَّتْ) فيه وجوبًا إنْ لم تَطْلُب النُّقْلةَ لِغيرِه وإلا فجوازًا (و) إذا اختارَت الإقامةَ فيه (طلبت الأُجرةَ) منه أو من تَرِكته إنْ شاءَتْ؛ لأنّ السُّكْنَى عليه فإنْ مَضَتْ مُدّةٌ قبلَ طَلَبِها سقَطَتْ كما لو سكنَ معها في منزلِها بإذْنِها وهي في عِصْمَته على النّصِّ وبه أفتى ابنُ الصّلاحِ ووجهُه بأنّ الإذْنَ المُطْلَقَ عن ذِكْرِ العِوَضِ ينزِلُ على الإعارةِ والإباحةِ أي مع كونِه تابِعًا لها في السُّكْنَى ومن ثَمَّ بحث شارِحٌ أنّ مَحلَّه إنْ لم تَتَمَيَّزْ أمتعَتُه بمَحَلٍّ منها وإلا لَزِمته أُجرَتُه ما لم تُصَرِّحْ له بالإباحةِ.

(فإنْ كان مسكنُ النّكاحِ) المملوكِ له الذي لَزِمتها العِدّةُ وهي فيه (نَفيسًا) لا يَليقُ بها (فله النّقلُ) لها منه (إلى) مسكنٍ آخرَ (لائِقٍ بها)؛ لأنّ ذاك النّفيسَ غيرُ واجبٍ عليه ويتحَرَّى أقربَ صالِحٍ إليه نَدْبًا على ما قاله الأذرَعيُّ إنّه الحقُّ ووجوبًا كما هو ظاهرُ كلامِهم وأُيِّدَ بأنّه قياسُ نَقْلِ الزّكاةِ وتقليلًا لِزَمَنِ الخُروجِ ما أمكنَ. (أو) كان (خسيسًا) غيرَ لائِقٍ بها (فلها الامتناعُ)؛ لأنّه دون حَقِّها.

(وليس له مُساكَنَتُها ولا مُداخلَتُها) أي دخولُ مَحَلٍّ هي فيه وإنْ لم يكن على جِهةِ المُساكنةِ مع انتفاءِ نحوِ المحرَمِ الآتي فيحرُمُ عليه ذلك ولو أعمَى وإنْ كان الطّلاقُ رجعيًّا ورَضيَتْ؛ لأنّ ذلك يَجُرُّ للخَلْوةِ المُحرَّمةِ بها ومن ثَمَّ يلزمُها مَنْعُه إنْ قدرَتْ عليه والكلامُ هنا فيما إذا لم يَزِدْ مسكنُها على مسكنِ مثلِها لِما سيذكرُه في الدّارِ والحُجْرةِ والعُلْوِ والسُّفْلِ (فإنْ كان في الدّارِ) التي ليس فيها إلا مسكنٌ واحدٌ لَكِنّها مُتّسِعةٌ لهما بحيثُ لا يَطَّلِعُ أحدُهما على الآخرِ أخذًا مِمّا يأتي (محرَمٌ لها) بَصيرٌ (مُمَيِّزٌ) بأنْ كان مِمَّنْ يحتَشِمُ ويمنعُ وجودُه وُقوعَ خَلْوةٍ بها باعتبارِ العادةِ الغالِبةِ فيما يظهرُ من كلامِهم وبه يُجْمَعُ بين ما أوهَمته عبارةُ المتنِ والروضةِ من التّناقُضِ في ذلك؛ لأنّ المدارَ على مَظِنّةِ عدمِ

ذَكَرٌ أو له أُنْثَى أو زَوْجةٌ أُخْرَى، أو أمةٌ، أو امرأةٌ أجْنَبيّةٌ جازَ، ولو كان في الدّارِ حُجْرةٌ فَسَكَنَها أحَدُهما والآخَرُ الأُخْرَى فإن اتَّحَدَت المرافِقُ كَمَطْبَخٍ ومُسْتَراحٍ اشْتُرِطَ مَحْرَمٌ، وإلّا فلا، ....

الخَلْوةِ ولا تَحصُلُ إلا حينئذٍ (ذكرٌ) أو أنثى وحَذَفَه للعلم به من زوجَته وأمَته بالأولى (أو) محرَمٌ (له) مُمَيِّزٌ بَصيرٌ (أنثى أو زوجةٌ) أخرى (كذلك أو أمةٌ أو امرَأةٌ أجنَبيّةٌ) كذلك وكلٌّ منهنّ ثِقة يحتَشِمُها بحيثُ يمنعُ وجودُها وُقوعَ فاحِشةٍ بحَضْرَتها وكالأجنَبيّةِ ممسوحٌ أو عبدُها بشرطِ التميزِ والبصَرِ والعدالةِ. ويظهرُ أنّه يَلْحَقُ بالبصيرِ في كلِّ مِمَّنْ ذُكِرَ أعمَى له فطنةٌ يَمْتَنِعُ معها وُقوعُ ريبةٍ بل هو أقوى من المُمَيِّزِ السّابِقِ (جازَ) مع الكراهةِ كلٌّ من مُساكنَتها إنْ وسِعَتْهما الدّارُ والأوجَبُ انتقالُه عنها ومُداخَلَتُها إنْ كانت ثِقة للأمنِ من المحذورِ وحينئذٍ بخلافِ ما إذا انتفَى شرطٌ مِمّا ذُكِرَ وإنّما حَلَّتْ خَلْوةُ رجلٍ بامرَأتَين ثِقَتَين يحتَشِمُهما بخلافِ عكسِه؛ لأنّه يَبْعُدُ وُقوعُ فاحِشةٍ بامرَأةٍ مُتّصِفة بذلك مع حُضورِ مثلِها ولا كذلك الرّجُلُ ومنه يُؤخَذُ أنّه لا تحِلُّ خَلْوةُ رجلٍ بمُرْدٍ يحرُمُ نَظَرُهم مُطْلَقًا بل ولا أمرَدَ بمثلِه وهو مُتَّجَهٌ ولا تجوزُ خَلْوةُ رجلٍ بغيرِ ثِقاتٍ وإنْ كثُرْنَ، وفي التّوَسُّطِ عن القفّالِ لو دخلت امرَأةٌ المسجدَ على رجلٍ لم تكن خَلْوةً؛ لأنّه يدخلُه كلُّ أحدٍ انتهى وإنّما يُتَّجه ذلك في مسجدٍ مَطْروقٍ ولا ينقطعُ طارِقوه عادةً ومثلُه في ذلك الطّريقُ أو غيرُه المطْروقُ كذلك بخلافِ ما ليس مَطْروقًا كذلك.
فإنْ قُلْت ظاهرُ هذا أنّه لا تحرُمُ خَلْوةُ رِجالٍ بامرَأةٍ قُلْت ممنوعٌ وإنّما قضيّتُه أنّ الرِّجالَ إنْ أحالَت العادةُ تواطُؤَهم على وُقوعِ فاحِشةٍ بها بحَضْرَتهم كانت خَلْوةً جائزةً وإلا فلا، ثمّ رأيت في شرحِ مسلمٍ التّصْريحَ به حيثُ قال تحِلُّ خَلْوةُ جَماعةٍ يَبْعُدُ تواطُؤُهم على الفاحِشةِ لِنحوِ صلاحٍ أو مُروءةٍ بامرَأةٍ لَكِنّه حَكاه في المجموعِ حِكايةَ الأوجُه الضّعيفة ورأيت بعضَهم اعتمد الأوّلَ وقَيَّدَه بما إذا قُطِعَ بانتفاءِ الرِّيبةِ من جانِبه وجانِبِها.

(ولو كان في الدّارِ حُجْرةٌ فسَكنَها أحدُهما والآخر الأخرى فإن اتّحَدَت المرافِقُ كمَطْبَخٍ ومُستَراحٍ) وبِئرٍ وبالوعةٍ وسَطْحٍ ومِصْعَدٍ ومَمَرٍّ والواوُ بمعنى أو إذْ يكفي اتّحادُ بعضِها فيما يظهرُ وهل العبرةُ في اتّحادِ المَمَرِّ بأوّلِ الدّارِ فيَضُرُّ اتّحادُ دِهْليزِها لاتّحادِ المَمَرِّ فيه أو بالبابِ الذي بعدَ الدِّهْليزِ دونَه؛ لأنّه بمنزلةِ صَحْنِ سِكّةٍ غيرِ نافِذةٍ أو يُفَرَّقُ بين كونِ الدِّهْليزِ ينتَفعنَ به بما يَتعلّقُ بالسُّكْنَى فيَضُرُّ اتّحادُه حينئذٍ وبين أنْ لا يكون كذلك لِكونِه مُعَدًّا لِلزوجِ ورِحالِه فلا يَضُرُّ كلٌّ مُحْتَمَلٌ والثالِثُ أقربُها (اشتُرِطَ محرَمٌ) أو نحوُه مِمَّنْ ذُكِرَ وخالف في ذلك القاضي والرّويانيُّ فحَرَّما المُساكنةَ مع اتّحادِها ولو مع المحرَمِ وأطالَ الأذرَعيُّ في الانتصارِ له إذْ لا سبيلَ إلى مُلازَمَته لها في كلِّ حَرَكةٍ وبانتفاءِ ذلك وُجِدَتْ مَظِنّةُ الخلْوةِ المُحَرَّمةِ وخرج بفرضِه الكلام في حُجْرَتَين ما لو لم يكن في الدّارِ إلا بيتٌ وصُفَفٌ فإنّه لا يَجوزُ أنْ يُساكِنَها ولو مع محرَمٍ؛ لأنّها لا تتَميّزُ من المسكنِ بموضِعٍ نعم، إنْ بُنيَ بينهما حائِلٌ وبَقيَ لها ما يَليقُ بها سكنًا جازَ (وإلا) يَتّحِدْ شيءٌ منها (فلا) يُشتَرطُ نحوُ محرَمٍ إذْ لا

وَيَنْبَغي أنْ يُغْلَقَ ما بينهما من باب، وأنْ لا يَكونَ مَمَرُّ إحْداهما على الأُخْرَى، وسُفْلٌ وعُلوٌّ كَدارٍ وحُجْرةٍ.

باب الاستِبْراءِ

يَجِبُ بسَبَبَيْنِ: أَحَدُهما مِلْكُ أمةٍ بشِراءٍ أو إرْثٍ أو هِبةٍ أو سَبْيٍ أو رَدٍّ بعَيْبٍ، أو تَحالُفٍ أو إقالةٍ وسَواءٌ بكْرٌ، ومَن استَبْرأها البائعُ قبلَ البيْعِ ومُنْتَقِلةٌ من صَبيٍّ وامرأةٍ وغيرُها ....

خَلْوةَ (و) لكن (ينبغي) أي يجبُ (أنْ يُغْلَقَ) قال القاضي أبو الطَّيِّبِ والماوَرْديُّ ويُسَمَّرُ (ما بينهما من بابٍ) وأولى من إغْلاقِه سدُّه (وأنْ لا يكون مَمَرُّ أحدِهما) يَمُرُّ به (على الآخرِ) حَذَرًا من وُقوعِ خَلْوةٍ (وسُفلٌ وعُلوٌ كدارٍ وحُجرةٍ) فيما ذُكِرَ فيهما والأولى أنْ تكون في العُلْوِ حتى لا يُمْكِنَه الاطِّلاعُ عليها.

بابُ الاستبراءِ

هو بالمدِّ لُغةً طَلَبُ البراءةِ وشرعًا تَرَبُّصٌ بمَنْ فيها رِقٌّ مُدّةً عندَ وجودِ سبَبٍ مِمّا يأتي للعلم ببراءةِ رَحِمَها أو لِلتَّعبُّدِ سُمّيَ بذلك لِتقديرِه بأقَلِّ ما يَدُلُّ على البراءةِ كما سُمّيَ ما مَرَّ بالعِدّةِ لاشتمالِه على العددِ ولِتَشارُكِهما في أصلِ البراءةِ ذُيِّلَتْ به والأصلُ فيه ما يأتي من الإخبارِ وغيرِه.

(يجبُ) الاستبراءُ لِحِلِّ التَّمَتُّعِ بالفعلِ لِما يأتي في ملكِ مُزَوَّجةٍ ومُعتَدّةٍ أو التزويجِ كما يُعْلَمُ مِمّا سيذكرُه (بسببَين) باعتبارِ الأصلِ فيه فلا يُرَدُّ عليه وجوبُه بغيرِهما كأنْ وطِئَ أمةَ غيرِه ظانًّا أنّها أمَتَه فإنّه يلزمُها قُرءٌ واحدٌ لأنّها في نفسِها مملوكةٌ والشُّبْهةُ شُبهةُ ملكِ اليمينِ (أحدُهما مَلْك أمةٍ) أي حُدوثُه وهو باعتبارِ الأصلِ أيضًا وإلا فالمدارُ على حُدوثِ حِلِّ التَّمَتُّعِ مِمّا يُخِلُّ بالملكِ فلا يُرَدُّ ما يأتي في شراءِ زوجَته كما أنّ التعبيرَ في السَّبَبِ الثاني بزَوالِ الفِراشِ كذلك وإلا فالمدارُ على طَلَبِ التزويجِ ودَلَّ على ذلك ما سيذكرُه في نحوِ المُكاتَبةِ والمُرْتَدّةِ وتزويجِ موطوءَته (بشراءٍ أو إرْثٍ أو هِبةٍ) مع قبضٍ (أو سبيٍ) بشرطِه من القِسمةِ أو اختيارِ التَّمَلُّكِ كما سيُعْلَمُ مِمّا سيذكرُه في السِّيَرِ فلا اعتراضَ عليه (أو رَدٍّ بعَيْبٍ أو تَحالُفٍ أو إقالةٍ) ولو قبلَ القبضِ أو غيرَ ذلك من كلِّ مُمَلِّكٍ كقَبولِ وصيّةٍ ورُجوعِ مُقْرِضٍ وبائعِ مُفْلِسٍ ووالِدٍ في هِبَته لِفرعِه وكذا أمةِ قِراضٍ انفَسَخَ واستَقَلَّ بها المالِكُ وأمةُ تجارةٍ أخرجَ زكاتَها وقُلْنا بالأصحِّ أنّ المُستَحِقَّ شَريكٌ بالواجبِ بقدرِ قيمَته في غيرِ الجنسِ لِتَجَدُّدِ الملكِ والحِلِّ فيهما قاله البُلْقينيُّ (وسواءٌ) في وجوبِ الاستبراءِ فيما ذُكِرَ بالنِّسبةِ لِحِلِّ التَّمَتُّعِ (بكرٌ) وآيِسةٌ (ومَنِ استبرَأها البائعُ قبلَ البيعِ ومُنتَقِلةٌ من صَبيٍّ وامرَأةٍ وغيرُها) لِعمومِ ما صَحَّ من قولِه ﷺ في سبايا أوطاسٍ «ألا، لا توطَأُ حامِلٌ حتى تَضَعَ ولا غيرُ ذاتِ حملٍ حتى تَحيضَ حيضةً»(١) وقيسَ بالمسبيّةِ

---

(١) [صحيح] أخرجه: أحمد في (مسنده) [٣/ ٢٨]، وأبو داود في (سننه) [رقم/ ٢١٥٧]، والدارمي في (سننه) [رقم/ ٢٢٩٥]، وغيرهم من حديث: أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

قلتُ: حديث صحيح. وينظر: (صحيح أبي داود) للألباني [رقم/ ١٨٨٩].

وَيَجِبُ في مُكاتَبةٍ عُجِّزَتْ، وكذا مُرْتَدّةٌ في الأَصَحِّ، لا مَنْ خَلَتْ من صَوْمٍ واعْتِكافٍ وإِحْرامٍ، وفي الإِحْرامِ وجْهٌ، ولو اشْتَرَى زَوْجَته اسْتُحِبَّ، وقيلَ يَجِبُ، ولو مَلَكَ مُزَوَّجةً أو مُعْتَدّةً لم يَجِبْ، فإِنْ زالا وجَبَ في الأَظْهَرِ. الثّاني: زَوالُ فِراشٍ عن أمةٍ مَوْطوءةٍ أو مُسْتَوْلَدةٍ بعِتْقٍ أو مَوْتِ السّيِّدِ، ....

غيرِها الشّامِلِ للبِكْرِ والمُستبرَأةِ وغيرِهما بجامِعِ حُدوثِ الملكِ وبِمَنْ تَحيضُ مَنْ لا تَحيضُ في اعتبارِ قدرِ الحيضِ والطُّهرِ غالبًا وهو شهرٌ.

(ويجبُ) الاستبراءُ (في) أمَته إذا زَوَّجَها فطَلَّقَها زوجُها قبلَ الوطءِ وفي (مُكاتَبةٍ) كِتابةٍ صحيحةٍ وأمَتِها إذا انفَسَخَتْ كِتابَتُها بسببٍ مِمّا يأتي في بابِها كأنْ (عَجزَتْ) وأمةِ مُكاتَبٍ كذلك عَجْزٌ لِعَوْدِ حِلِّ الاستمتاعِ فيها كالمُزَوَّجةِ وحُدوثِه في الأمةِ بِقِسمَيْها ومن ثَمَّ لم تُؤَثِّر الفاسِدةُ (وكذا مُرْتَدّةٌ) أسلَمت أو سيِّدٌ مُرْتَدٌّ أسلَمَ فيجبُ الاستبراءُ عليها وعلى أمَته (في الأصحِّ) لِعَوْدِ حِلِّ الاستمتاعِ أيضًا (لا) في (من) أي أمةٍ له حَدَثَ لها ما حَرَّمَها عليه من صومٍ ونحوِه لإذْنِه فيه ثُمَّ (خَلَتْ من صومٍ أو اعتكافٍ وإحرامٍ) ونحوُ حيضٍ ورَهْنٍ لأنّ حرمَتُها بذلك لا تُخِلُّ بالملكِ بخلافِ نحوِ الكِتابةِ (وفي الإحرامِ وجهٌ) أنّه كالرِّدّةِ لِتأكُّدِ التحريمِ فيه ويُرَدُّ بوُضوحِ الفرقِ أمّا لو اشترى نحوَ مُحْرِمةٍ أو صائمةٍ أو مُعتكِفةٍ واجبًا بإذْنِ سيِّدِها فلا بُدَّ من استبرائِها بعدَ زَوالِ مانِعِها كما يُعْلَمُ مِمّا يأتي.

(ولو اشترى) حُرٌّ (زوجَته) الأمةَ فانفَسَخَ نِكاحُها (استُحِبَّ) الاستبراءُ لِيتمَيَّزَ ولَدُ الملكِ المُنْعَقِدِ حُرًّا عن ولَدِ النّكاحِ المُنْعَقِدةِ قِنًّا ثمّ يعتقُ فلا يُكافِئُ حُرّةً أصليّةً ولا تصيرُ به أمةً مُستولَدةً (وقيلَ يجبُ) لِتَجَدُّدِ الملكِ وردّوه بأنْ لا فائدةَ فيه إذِ العِلّةُ الصّحيحةُ فيه حُدوثُ حِلِّ التّمَتُّعِ ولو يوجَدُ هنا ومن ثَمَّ لو طَلَّقَ زوجَته القِنّةَ رجعيًا ثمّ اشتراها في العِدّةِ وجَبَ لِحُدوثِ حِلِّ التّمَتُّعِ ومَرَّ أنّه لا يَحِلُّ وطْؤُها في زَمَنِ الخيار لأنّه لا يدري أيَطَأُ بالملكِ أو بالزوجيّةِ وخرج بالحُرِّ المُكاتَبُ إذا اشترى زوجَته ففي الكِفايةِ عن النّصِّ ليس له وطْؤُها بالملكِ لِضَعْفِ ملكِه ومن ثَمَّ امتنع تَسَرّيه ولو بإذْنِ السّيِّدِ.

(ولو مَلَك) أمةً (مُزَوَّجةً أو مُعتَدّةً) من الغيرِ لِنِكاحٍ أو وطْءِ شُبهةٍ وعلم بذلك أو جَهِله وأجازَ (لم يجبْ) استبراؤُها حالاً لأنّها مَشْغولةٌ بحَقِّ الغيرِ (فإنْ زالا) أي الزوجيّةِ والعِدّةِ المفهومانِ مِمّا ذُكِرَ ولِذا ثَنّى الضّميرَ وإنْ عُطِفَ بأو لِما هو ظاهرٌ أنّه لا يلزمُ من اتِّحادِ الرّاجِعِ للمعطوفِ بها اتّحادُ الرّاجِعِ لِما فُهِمَ من المعطوفِ بها وذلك بأنْ طَلُقت قبلَ وطْءٍ أو بعدَه وانقضت العِدّة أو انقضت عِدّةُ الشُّبْهةِ (وجَبَ) الاستبراءُ (في الأظهرِ) لِحُدوثِ الحِلِّ، واكتفاءُ المُقابِلِ بعِدّةِ الغيرِ يُنْتَقَضُ بمُطَلَّقة قبلَ وطْءٍ ومن ثَمَّ خَصَّ جمعَ القولينِ بالموطوءةِ ولو مَلَكَ مُعتَدّةً منه وجَبَ قطعًا إذْ لا شيءَ يكفي عنه هنا، (الثاني زَوالُ فِراشٍ) له (عن أمةٍ موطوءةٍ) غيرِ مُستولَدةٍ (أو مُستولَدةٍ بعتقٍ) مُعَلَّقٍ أو مُنَجَّزٍ قبلَ موت السّيِّدِ (أو موت السّيِّدِ) كزَوالِ فِراشِ الحُرّةِ الموطوءةِ فيجبُ قُرءٌ أو شهرٌ كما صَحَّ عن ابنِ عمرَ

ولو مَضَتْ مُدّةُ استِبْراءٍ على مُسْتَوْلِدةٍ ثم أعْتَقَها أو ماتَ وجَبَ في الأصَحِّ قُلْت: ولو استَبْرأ أمةً مَوْطوءةً فأعْتَقَها لم يَجِبْ وتَتَزَوَّجُ في الحالِ إذْ لا تُشْبِه مَنْكوحةً، واللّٰه أعْلمُ.
وَيَحْرُمُ تَزْوِيجُ أمةٍ مَوْطوءةٍ ومُسْتَوْلَدةٍ قبلَ الاستِبْراءِ لِئَلّا يَخْتَلِطَ الماءانِ، ولو أعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَه فَلَه نِكاحُها بلا استِبْراءٍ في الأصَحِّ.
ولو أعْتَقَها أو ماتَ، وهي مُزَوَّجةٌ فلا استِبْراءَ، وَهو بقَرْءٍ، وهو حَيْضةٌ كامِلةٌ في الجديدِ، وَذاتُ أشْهُرٍ بشَهْرٍ ....

ولا مُخالِفَ له أمّا عَتيقة قبلَ وطْءٍ فلا استبراءَ عليها قطعًا (ولو مَضَتْ مُدّةُ استبراءٍ على مُستولَدةٍ) ليستْ مُزَوَّجةً ولا مُعتَدّةً (ثم أعتقَها) سيِّدُها (أو مات) عنها (وجَبَ) عليها الاستبراءُ (في الأصحِّ) كما تَلْزَمُ العِدّةُ من زَوالِ نِكاحِها وإنْ مَضى أمثالُها قبلَ زَوالِه.

(قُلت ولو استبرَأ أمةً موطوءةً) له غيرُ مُستولَدةٍ (فأعتَقَها لم يجبْ) إعادةُ الاستبراءِ (وتَتَزَوَّجُ في الحالِ) والفرقُ بينها وبين المُستولَدةِ ظاهرٌ (إذْ لا تُشْبِه) هذه (مَنْكوحةً) بخلافِ تلك لِثُبوت حَقِّ الحُرّيّة لها فكان فِراشُها أشبَهَ بفِراشِ الحُرّةِ المنْكوحةِ (واللّٰه أعلمُ، ويحرُمُ) ولا ينعقِدُ (تزويجُ أمةٍ موطوءةٍ) أي وطِئَها مالِكُها (ومُستولَدةٌ قبلَ) مُضيِّ (الاستبراءِ) بما يأتي (لِئَلا يختَلِطَ الماءانِ) وإنّما حَلَّ بيعُها قبله مُطْلَقًا لأنّ القصْدَ من الشِّراءِ ملكُ العينِ والوطءُ قد يقعُ وقد لا بخلافِ النِّكاحِ لا يُقْصَدُ به إلا الوطءُ أمّا مَنْ لم يَطَأها مالِكُها فإنْ لم توطَأْ زَوَّجَها مَنْ شاءَ وإنْ وطِئَها غيرُه زَوَّجَها للواطِئِ وكذا لِغيرِه إنْ كان الماءُ غيرُ مُحْتَرَمٍ أو مَضَتْ مُدّةُ الاستبراءِ منه.

(ولو أعتَقَ مُستولَدَتَه) يعني موطوءَتَه (فله نِكاحُها بلا استبراءٍ في الأصحِّ) كما يَجوزُ أنْ ينكِحَ المعتدّةَ منه إذْ لا اختلاطَ هنا ومن ثَمَّ لو اشترى أمةً فزَوَّجَها لِبائِعِها الذي لم يَطَأها غيرُه لم يلزمْه استبراءٌ كما لو أعتَقَها فأرادَ بائِعُها أنْ يتزَوَّجَها وخرج بموطوءَته ومثلُها مَنْ لم توطَأْ أو وُطِئَتْ زِنًا أو استبرَأها مَنِ انتقلَتْ منه إليه مَنْ وطِئَها غيرُه وطْئًا غيرَ مُحَرَّمٍ فلا يَحِلُّ له تَزَوُّجُها قبلَ استبرائِها وإنْ أعتقَها. (ولو أعتقَها أو مات) عن مُستولَدةٍ أو مُدَبَّرةٍ عَتَقت بموته (وهي مُزَوَّجةٌ) أو مُعتَدّةٌ عن زوجٍ فيهما (فلا استبراءَ) عليها لأنّها غيرُ فِراشٍ لِلسَّيِّدِ ولأنّ الاستبراءَ لِحِلِّ ما مَرَّ وهي مَشْغولةٌ بحَقِّ الزوجِ بخلافِها في عِدّةِ وطْءِ الشُّبْهةِ لأنّها لم تَصِرْ به فِراشًا لِغيرِ السّيِّدِ (وهو) أي الاستبراءُ في حَقِّ ذات الأقراءِ يحصُلُ (بقُرءٍ وهو) هنا (حيضةٌ كامِلةٌ في الجديدِ) للخبرِ السّابِقِ ولا حائِلَ حتى تَحيضَ حيضةً فلا يكفي بَقيَّتُها التي وُجِدَ السّبَبُ كالشِّراءِ في أثنائِها وفارَقَ العِدّةَ حيثُ تعيَّنَ الطُّهْرُ واكتَفَى ببَقيَّته بتكرُّرِ الإقراءِ الدّالِّ تَخلُّلَ الحيضُ بينها على البراءةِ وهنا لا تكرُّرَ فتعيَّنَ الحيضُ الكامِلُ الدّالُّ عليها ولو وطِئَها في الحيضِ فحَبِلَتْ منه فإنْ كان قبلَ مُضيِّ أقَلِّ الحيضِ انقَطَعَ الاستبراءُ وبَقيَ التحريمُ إلى الوضْعِ كما لو حَبِلَتْ من وطْئِه وهي طاهرٌ أو بعدَ أقَلِّه كفَى في الاستبراءِ لِمُضيِّ حيضٍ كامِلٍ لها قبلَ الحملِ (وذات أشهرٍ) كصَغيرةٍ وآيِسةٍ (بشهرٍ) لأنّه لا يخلو في حَقِّ غيرِها عن حيضٍ وطُهْرٍ غالِبًا

وفي قولٍ بثلاثةٍ، وحامِلٌ مَسْبِيّةٌ أو زالَ عنها فِراشُ سَيِّدٍ بوَضْعِه، وإنْ مُلِكَتْ بشِراءٍ فقد سَبَقَ أنْ لا استِبْراءَ في الحالِ قُلْت: يَحْصُلُ الاستِبْراءُ بوَضْعِ حَملِ زِنًا في الأصَحِّ، واللّه أعْلمُ.

ولو مَضَى زَمَنُ استِبْراءٍ بعد المِلْكِ وقبلَ القبْضِ حُسِبَ إنْ مَلَكَ بإرْثٍ وكذا شِراءٍ في الأصَحِّ، ....

(وفي قولٍ بثلاثةٍ) من الأشهرِ لأنّ البراءةَ لا تُعْرَفُ بدونِها (وحامِلٌ مسبيةٌ أو زالَ عنها فِراشُ سيِّدٍ بوَضْعِه) أي الحملِ كالعِدّةِ (وإنْ مُلِكتْ بشراءٍ) وهي حامِلٌ من زوجٍ أو وطْءِ شُبهةٍ (فقد سبَقَ أنْ لا استبراءَ في الحالِ) وأنّه يجبُ بعدُ زَوالِ النّكاحِ أو العِدّةِ فليس هو هنا بالوضْعِ.

(قُلْت يحصُلُ الاستبراءُ) في حَقِّ ذات الأقراءِ (بوَضْعِ حملِ زِنًا) لا تَحيضُ معه وإنْ حَدَثَ الحملُ بعدَ الشِّراءِ وقبلَ مُضيِّ مُحَصِّلِ استبراءٍ أخذًا من كلامِ غيرِ واحدٍ وهو مُتَّجهٌ (في الأصحِّ واللّه أعلمُ) لإطلاقِ الخبرِ وللبراءةِ وإنّما لم تنقضْ به العِدّةُ لاختصاصِها بمَزيدِ تأكيدٍ ومن ثَمَّ وجَبَ فيها التّكرارُ وأمّا ذاتُ أشهرٍ فيحصُلُ بشهرٍ مع حملِ الزّنا كما بحثه الزّركشيُّ كالأذرَعيِّ قياسًا على ما جزَموا به في العِدّةِ لأنّ حملَ الزّنا كالعدمِ.

(ولو مَضَى زَمَنُ استبراءٍ بعدَ الملكِ قبلَ القبضِ حَسِبَ أنْ مَلَك بإرثٍ) لِقوّةِ الملكِ به ولِذا صَحَّ بيعُه قبلَ قبضِه وذكرَ له الأذرَعيُّ تعليلًا آخرَ مع التّبرّي منه ومع ما يُؤخَذُ منه فقال في تَوَسُّطِه قالوا لأنّ الملك بالإرثِ مقبوضٌ حكمًا وإنْ لم يحصُلْ حِسًّا وهذا إذا كانت مقبوضةً للمورِّثِ حيثُ يُعْتَبَرُ قبضُه في الاستبراءِ أمّا لو ابتاعَها ثمّ مات قبلَ قبضِها لم يُعْتَدَّ باستبرائِها إلا بعدَ أنْ يقبِضَها الوارِثُ كما في بيعِ المورِّثِ قبلَ قبضِه نبَّهَ عليه ابنُ الرِّفعةِ وهو واضِحٌ انتهى وإنّما يُتَّجه وُضوحُه بعدَ تَسليم التعليلِ الذي تَبَرَّأ منه ومن ثَمَّ تَبِعَ ابنَ الرِّفعةِ المُتأخِّرون لَكِنّه مع ذلك مُشْكِلٌ لأنّ البيعَ الأضْعَفَ إذا اعْتُدَّ بالاستبراءِ فيه قبلَ القبضِ فالإرثُ الأقوى أولى وكان الأذرَعيُّ أشارَ إلى بنائِه على ضعيفٍ بقولِه حيثُ يُعْتَبَرُ قبضُه في الاستبراءِ لكن يُنافيه قولُه: أمّا إلَخ مع قولِه: أنّه واضِحٌ إلا أنْ يُقال: إنّه واضِحٌ على القولِ في البيعِ أنّه لا يَكْتَفي فيه بالاستبراءِ قبلَ القبضِ وقد يُقالُ في جوابِ الإشكالِ صرحوا بأنّ الإرثَ لا خلافَ في الاعتدادِ بالاستبراءِ فيه قبلَ القبضِ بخلافِ نحوِ البيعِ فإنّ فيه خلافًا الأصحُّ منه الاعتدادُ وأشاروا للفرقِ بما حاصِلُه أنّ المملوك بالإرثِ مقبوضٌ حكمًا فهو أقوى من نحوِ البيعِ ولِذا صَحَّ التّصَرُّفُ فيه قبلَ قبضِه ويلزمُ من هذه القوّةِ المقتضيةِ لِصحّةِ التّصَرُّفِ كونُ المورِّثِ في نحوِ البيعِ قبضه قبلَ موته وإلا فكان لا ملك بخلافِ نحوِ البيعِ الملكُ فيه تامٌّ بالعقدِ لَكِنّه ضعيفٌ فجَرى الخلافُ فيه فالأصحُّ نَظَرًا إلى تمامِه والضّعيفُ إلى ضَعْفِه وأمّا الإرثُ فالملكُ به مَبنيٌّ على تقديرِ قبضِه ولا يوجَدُ إلا إذا كان مورِّثُه قبضه إنْ مَلَكه بنحوِ بيعٍ فتأمّله فإنّه دَقيقٌ (وكذا شراءٌ) ونحوُه من المُعاوَضاتِ (في الأصحِّ) حيثُ لا خيارَ لِتمامِ الملكِ به ولُزومِه ومن ثَمَّ لم يُحْسَبْ في زَمَنِ الخيارِ

لا هِبةٍ، ولو اشْتَرَى مَجوسيّةً فَحاضَتْ ثم أسْلمَتْ لم يَكْفِ، وَيَحْرُمُ الاستِمتاعُ بالمُسْتَبْرأةِ إلّا مَسْبيّةً فَيَحِلُّ غيرُ وطْءٍ وقيلَ لا، ....

ولو للمشتري لِضَعْفِ ملكِه (لا هِبةً) فلا يُحْسَبُ قبلَ القبضِ لِتَوَقُّفِ الملكِ فيها عليه كما قدَّمَه فلا مُبالاةَ بإيهامِ عبارَته هنا حُصولُه قبله ومثلُها غَنيمةٌ لم تُقْبَضْ أي بناءً على أنّ الملك فيها لا يحصُلُ إلا بالقِسمةِ كما هو ظاهرٌ ويُحْسَبُ في الوصيّةِ بعدَ قبولِها ولو قبلَ القبضِ للملكِ الكامِلِ فيها بالقبولِ.

(ولو اشترى مَجوسيّةً) أو نحوَ وثَنيّةٍ أو مُرْتَدّةٍ (فحاضَتْ) مثلًا (ثَم) بعدَ فراغِ الحيضِ أو في أثنائِه ومثلُه الشّهْرُ في ذات الأشهرِ وكذا الوضْعُ كما صَرَّحا به (أسلَمت لم يَكْفِ) حيضُها أو نحوُه في الاستبراءِ لأنّه لم يستعقِب الحِلَّ ومن ثَمَّ لو اشترى عبدٌ مأذونٌ أمةً وعليه دَيْنٌ لم يُعْتَدَّ به قبلَ سُقوطِه فلا يَحِلُّ لِسيِّدِه وطْؤُها حينئذٍ قال المحامِليُّ عن الأصحابِ وضابِطُ ذلك إنّ كلَّ استبراءٍ لا يَتعلَّقُ به استباحةُ الوطءِ لا يُعْتَدُّ به انتهى ومنه ما لو اشترى مُحْرِمةً فحاضَتْ ثمّ تَحَلَّلَتْ أو صَغيرةً لا تحتَمِلُ الوطءَ فإطاقَتُه بعدَ مُضيِّ شهرٍ على ما قاله الجُرْجانيُّ في الثانيةِ ثمّ رأيت الزّركشيَّ قال إنّه بَعيدٌ جِدًّا نعم، يُعْتَدُّ باستبراءِ المرْهونةِ قبلَ الانفكاكِ كما يَميلُ إليه كلامُهما وجزم به ابنُ المُقْري ويُفَرَّقُ بينها وبين ما قبلها بأنّه يَحِلُّ وطْؤُها بإذْنِ المُرْتَهِنِ فهي مَحَلٌّ لِلاستمتاعِ بخلافِ غيرِها حتى مشتراةُ المأذونِ لأنّ له حَقًّا في الحجْرِ وهو لا يُعْتَدُّ بإذْنِه وبهذا يندَفِعُ ما للأذرَعيِّ ومَنْ تَبِعَه هنا فإنْ قُلْت هي تُباحُ له بإذْنِ العبدِ والغُرَماءِ فساوَت المرْهونةَ قُلْت الإذْنُ هنا أنْدَرُ لاختلافِ جِهةِ تعلُّقِ العبدِ والغُرَماءِ بخلافِه في المرْهونةِ وفارَقت أمةَ المأذونِ أمةَ مشترٍ حُجِرَ عليه بفَلَسٍ فإنّه يُعْتَدُّ باستبرائِها قبلَ زَوالِ الحجْرِ لِضَعْفِ التّعلُّقِ في هذه لِكونِه يَتعلَّقُ بالذِّمّةِ أيضًا بخلافِ تلك لانحِصارِ تعلُّقِ الغُرَماءِ بما في يَدِ المأذونِ لا غيرُ.

(ويحرُمُ الاستمتاعُ) ولو بنحوِ نَظَرٍ بشهوةٍ ومَسٍّ (بالمُستبرَأةِ) أي قبلَ مُضيِّ ما به الاستبراءُ لأدائِه إلى الوطءِ المُحَرَّمِ ولاحتمالِ أنّها حامِلٌ بَحُرٍّ فلا يصحُّ نحوُ بيعِها نعم، يَحِلُّ له الخلوةُ بها ولا يُحالُ بينه وبينها لأنّ الشرعَ جعلَ الاستبراءَ مُفَوَّضًا لأمانَته وبه فارَقَ وجوبَ الإحالةِ بين الزوجِ والزوجةِ المعتدّةِ عن شُبهةٍ كذا أطلقوه وفيه إذا كان السّيِّدُ مَشهورًا بالزّنا وعدم المسكةِ وهي جميلةٌ نَظَرٌ ظاهرٌ (إلا مسبيّةً فيَحِلُّ غيرُ وطْءٍ) لأنّه ﷺ لم يُحَرِّم منها غيرَه مع غلبةِ امتدادِ الأعيُنِ والأيدي إلى مَسِّ الإماءِ سيَّما الحِسانُ ولأنّ ابنَ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قَبَّلَ أمةً وقَعَتْ في سهْمِه لَمّا نَظَرَ عُنُقَها كإبريقِ فِضّةٍ فلم يتمالَك الصّبْرَ عن تقبيلِها والنّاسُ ينظُرونَه ولم يُنْكِرْ عليه أحدٌ رَواه البيْهَقيُّ وفارَقت غيرَها بتَيَقُّنِ ملكِها ولو حامِلًا فلم يَجْرِ فيها الاحتمالُ السّابِقُ وحَرُمَ وطْؤُها صيانةً لِمائِه أنْ يختَلِطَ بماءِ حربيٍّ لا لِحرمَته ولم يَلْتَفِتوا لاحتمالِ ظُهورِ كونِها أُمَّ ولَدٍ لِمسلم فلا يملكُها السّابي لِنُدورِه وأخذَ الماوَرْديُّ وغيرُه من ذلك أنّ كلَّ مَنْ لا يُمْكِنُ حملُها المانِعُ لِملكِها لِصَيْرورَتها به أُمَّ ولَدٍ كصَبيّةٍ وحامِلٍ من زِنًا وآيِسةٍ ومشتراةٍ مُزَوَّجةٍ فطَلَّقَها زوجُها تكونُ كالمسبيّةِ في حِلِّ التّمَتُّعِ بها بما عدا الوطءَ (وقيلَ لا)

وإذا قالتْ: حِضْت صُدِّقَتْ، ولو مَنَعَت السَّيِّدَ فقال: أَخْبَرْتني بتَمامِ الاستِبْراءِ صُدِّق، وَلا تَصيرُ أمةٌ فِراشًا إلّا بوَطْءٍ، فإذا ولَدَتْ للإمكانِ من وطْئِه لَحِقَهُ، ولو أقَرَّ بوَطْءٍ ونَفَى الولَدَ وادَّعَى استِبْراءً لم يَلْحَقْه على المذْهَبِ، فإنْ أنْكَرَت الاستِبْراءَ ....

يَحِلُّ التَّمَتُّعُ بالمسبيّةِ أيضًا وانتصر له جمعٌ. (وإذا قالتْ) مُستبرَأةٌ (حِضْت صُدِّقت) لأنّه لا يُعْلَمُ إلا من جهتها بلا يَمينٍ لأنّها لو نَكلَتْ لم يقدِر السّيِّدُ على الحلِفِ على عدمِ الحيضِ وإذا صَدَّقْناها فكذَّبها فهل يَحِلُّ له وطْؤها قياسًا على ما لو ادَّعَت التحليلَ فكذَّبها بل أولى أوّلاً ويُفرِّقُ مَحلُّ نَظَرٍ والأوّلُ أوجَه (ولو مَنَعَت السَّيِّدَ) من تَمَتُّعٍ بها (فقال) أنت حَلالٌ لي لأنّك (أخبَرْتِني بتمامِ الاستبراءِ صَدَقَ) بيَمينِه وأُبيحتْ له ظاهرًا لِما تقرّر أنّ الاستبراءَ مُفَوَّضٌ لأمانته ومع ذلك يلزمُها الامتناعُ منه ما أمكنَ ما دامت تَتَحقَّقُ بَقاءَ شيءٍ من زَمَنِ الاستبراءِ ولو قال حِضْت فأنكرتْ صَدَقت على ما قاله الإمامُ ومَنْ تَبِعَه وعَلَّله بأنّه لا يُعْلم إلا منها وهو جَرى على ما مَشَى عليه الشيخانِ في موضِعٍ والمعتمدُ ما جَرَيا عليه في موضِعٍ آخرَ أنّه يُعْلَمُ من غيرِها فعليه يُحْتَمَلُ تصديقُه كما في دعواه إخبارَها له به بجامِعِ أنّ الأصلَ عدمُ كلٍّ ويحتَمِلُ الفرقُ بأنّ الحيضَ يعسُرُ اطِّلاعُه عليه وإنْ أمكنَ فصَدَقت بخلافِ الإخبارِ وهذا أقرَبُ.

(ولا تَصيرُ أمةَ فِراشًا) لِسيِّدِها (إلا بوَطْءٍ) منه في قُبُلِها أو دخولِ مائِه المُحْتَرَم فيه ويُعْلَمُ ذلك بإقرارِه أو ببيِّنةٍ وبه يُعْلَمُ أنّ المجبوبَ متى ثَبَتَ دخولُ مائِه المُحْتَرَم لَحِقَه الولدُ وإلّا فلا وهذا أوجَه مِمَّنْ أطلقَ لُحوقَه أو عدمَه فتأمّله وخرج بذلك مُجَرَّدُ ملكِه لها فلا يَلْحَقُه به ولَدٌ إجماعًا وإنْ خَلا بها وأمكنَ كونُه منه لأنّه ليس مقصودُه الوطءَ بخلافِ النِّكاحِ كما مَرَّ أمّا الوطءُ في الدُّبُرِ فلا لُحوقَ به على المعتمدِ من تَناقُضٍ لهما كما مَرَّ وإذا تقرّر أنّ الوطءَ يُصَيِّرُها فِراشًا (فإذا ولَدَتْ للإمكانِ من وطئِه) أو استدخالِ مَنيِّه ولَدًا (لَحِقه) وإنْ سكتَ عن استلْحاقِه؛ لأنّه ﷺ ألحَقَ الولدَ بزَمْعةَ بمُجَرَّدِ الفِراشِ أي بعدَ علمِه بالوطءِ بوَحْيٍ أو إخبارٍ لِما مَرَّ من الإجماعِ. (ولو أقَرَّ بوَطْءٍ ونَفَى الولدَ وادَّعَى استبراءً) بحيضةٍ مثلًا بعدَ الوطءِ وقبلَ الوضعِ بستّةِ أشهرٍ فأكثرَ وحَلَفَ على ذلك وإنْ وافَقته الأمةُ على الاستبراءِ على الأوجَه لأجلِ حَقِّ الولَدِ (لم يَلْحَقْه) الولدُ (على المذهبِ) لأنّ عمرَ وزَيْدَ بنَ ثابتٍ وابنَ عَبّاسٍ رضي الله عنهم نَفَوْا أولادَ جوارٍ لهم بذلك ولأنّ الوطءَ سببٌ ظاهرٌ والاستبراءُ كذلك فتعارَضا وبَقِيَ أصلُ الإمكانِ وهو لا يُكْتَفَى به هنا بخلافِ النّكاحِ كما مَرَّ أمّا لو أتَتْ به لِدونِ ستّةِ أشهرٍ من الاستبراءِ فيَلْحَقُه ويَلْغو الاستبراءُ ووقع في أصلِ الروضةِ هنا أنّ له نفيَه باللِّعانِ ورَدّوه بأنّه سهْوٌ لِما فيه في بابه وفي العزيزِ هنا وجَمع المتنُ بين نفيِ الولدِ ودعوَى الاستبراءِ تصويرٌ أو قيْدٌ للخلافِ ففي الروضةِ إذا علم أنّه ليس منه له نفيُه باليمينِ وإنْ لم يَدَّعِ الاستبراءَ فإنْ نَكلَ فوجهانِ أحدُهما ورجح أنّه مُتَوَقِّفُ اللُّحوقِ على يَمينِها فإنْ نَكلَتْ فيَمينُ الولدِ بعدَ بُلوغِه وقضيّةُ عبارَتها أنّ اقتصاره على دعوَى الاستبراءِ كافٍ في نفيِه عنه إذا حَلَفَ عليه (فإنْ أنكرت الاستبراءَ) وقد ادَّعَتْ عليه أُمّيّةَ الولدِ

حُلِّفَ أنّ الولَدَ ليس منه، وقيلَ: يَجِبُ تَعَرُّضُه لِلاستِبْراءِ، ولو ادَّعَت استيلادًا فأنْكَرَ أصْلَ الوطْءِ، وهُناكَ ولَدٌ لم يُحَلَّفْ على الصّحيحِ، ولو قال: وطِئْتها وعَزَلْت لَحِقَه في الأصَحِّ.

(حُلِّفَ) ويكفي في حَلِفِه (أنّ الولدَ ليس منه) ولا يجبُ تعرُّضُه لِلاستبراءِ ولا يُجْزيه الاقتصارُ عليه لأنّ المقصودَ هو الأوّلُ وفيه إشكالٌ أجَبْت عنه في شرحِ الإرشادِ.

(وقيلَ: يجبُ تعرُّضُه لِلاستبراءِ) ليُثبِتَ بذلك دعواه (ولو ادَّعَت استيلادًا فأنكر أصلَ الوطءِ وهناك ولَدٌ لم) يَلْحَقْه لِعدمِ ثُبوت الفِراشِ ولم (يحلِفْ) هو (على الصّحيحِ) إذْ لا وِلايةَ لها على الولدِ حتى تَنوبَ عنه في الدعوى ولم يسبِقْ منه إقرارٌ بما يقتضي اللُّحوقَ وبه فارَقَ حَلِفَه فيما مَرَّ لإقرارِه ثَمّ بالوطءِ أمّا إذا لم يكن ثَمَّ ولَدٌ فلا يحلِفُ جَزْمًا كما قالاه لكن قال ابنُ الرِّفعةِ لكن ينبغي حَلِفُه جَزْمًا إذا عُرِضَتْ على البيعِ لأنّ دعواها حينئذٍ تنصَرِفُ إلى حُرِّيَّتِها لا إلى ولَدِها ويُرَدُّ بمَنْعِ قولِه: لا إلى إلَخْ بل الانصِرافُ يتمَحَّضُ له إذْ لا سبَبَ للحُرّيّةِ غيرُه وأيضًا هو حاضِرٌ والحُرّيّةُ مُنْتَظَرَةٌ والانصِرافُ للحاضِرِ أقوى فتعيَّنَ.

(ولو قال مَنْ) أتَتْ موطوءَتُه بوَلَدٍ (وطِئْت) ها (وعَزَلْت) عنها (لَحِقَه) الولدُ (في الأصحِّ) لأنّ الماءَ قد يُسبَقُ من غيرِ إحساسٍ به.



بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الرّضاع

إنّما يَثبُتُ بِلَبَنِ امرأةٍ حَيّةٍ بلَغَتْ تِسْعَ سِنينَ، ....

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ الرّضاعِ

هو بفتحِ أوّلِه وكسرِه وقد تُبَدَّلُ ضادُه تاءً لُغةً اسمٌ لِمَصِّ الثديِ وشُرْبِ لَبَنِه وشرعًا اسمٌ لِحُصولِ لَبَنِ امرَأةٍ أو ما حَصَلَ منه في جوْفِ طِفْلٍ بشُروطٍ تأتي وهي مع ما يتفرَّعُ عليها المقصودُ بالبابِ وأمّا مُطْلَقُ التحريمِ به فقد مَرَّ في بابِ ما يحرُمُ من النّكاحِ والأصلُ فيه الكِتابُ والسُّنّةُ وإجماعُ الأمّةِ وسببُ تَحْريمِه أنّ اللّبَنَ جَزْءُ المُرْضِعةِ وقد صار من أجزاءِ الرّضيعِ فأشبَهَ مَنِيَّها في النّسَبِ ولِقُصورِه عنه لم يَثبُتْ له من أحكامِه سِوَى المحرَميّةِ دون نحوِ إرْثٍ وعتقٍ وسُقوطِ قوَدٍ وردِّ شَهادةٍ وفي وجهِ ذُكِرَ هنا مع أنّه قد يُقالُ الأنسَبُ به ذِكْرُه عَقِبَ ما يحرُمُ من النّكاحِ غُموضٌ وقد يُقالُ فيه إنّ الرّضاعَ والعِدّةَ بينهما تَشابُهٌ في تَحْريمِ النّكاحِ فجعلَ عَقِبَها لا عَقِبَ تلك لأنّ ذاك لم يذكرْ فيه إلا الذّواتَ المُحَرَّمةَ الأنسَبُ بمَحَلِّه من ذِكْرِ شُروطِ التحريمِ. وأركانُه رَضيعٌ ولَبَنٌ ومُرْضِعٌ.

(إنّما يَثبُتُ) الرّضاعُ المُحَرِّمُ (بلَبَنِ امرأةٍ) لا رجلٍ لأنّ لَبَنَه لا يصلحُ للغِذاءِ نعم، يُكْرَه له ولِفرعِه نِكاحُ مَنِ ارتَضَعَتْ منه للخلافِ فيه ولا خُنثَى إلا إنْ بانَ أنثى ولا بهيمةٍ فيما لو ارتَضَعَ منها ذكرٌ وأنثى لأنّه لا يصلحُ لِغِذاءِ الولدِ صلاحيّةَ لَبَنِ الآدميّةِ ولأنّ الأُخوّةَ لا تَثبُتُ بدونِ الأُمومةِ أو الأُبوّةِ وإنْ أمكنَ ثُبوتُ الأُمومةِ دون الأُبوّةِ وعكسُه كما يأتي آدميّةٌ كما عبَّرَ به الشافعيُّ رضي الله عنه فلا يَثبُتُ بلَبَنِ جِنّيّةٍ لأنّه تُلْوَ النّسَبِ لِخبرِ «يحرُمُ من الرّضاعِ ما يحرُمُ من النّسَبِ»[1] واللّه تعالى قطَعَ النّسب بين الجِنِّ والإنسِ قاله الزّركشيُّ وقضيّتُه أنّه مَبنيٌّ على الأصحِّ من حرمةِ تَناكُحِهما أمّا على ما عليه جمعٌ من حِلِّه فيحرُمُ وهو مُتَّجَهٌ (حَيّةٍ) حياةً مُستَقِرّةً لا من حَرَكتها حَرَكةُ مذبوحٍ ولا مَيْتةٍ خلافًا للأئمّةِ الثلاثةِ كما لا تَثبُتُ حرمةُ المُصاهَرةِ بوَطْئِها ولأنّه مُنْفَصِلٌ من جُثّةٍ مُنْفَكّةٍ عنِ الحِلِّ والحرمةِ كالبهيمةِ وبه اندَفع قولُهم اللّبَنُ لا يموتُ فلا عبرةَ بظَرْفِه كلَبَنِ حَيّةٍ في سِقاءٍ نَجَسٍ نعم، يُكْرَه كراهةً شَديدةً كما هو ظاهرٌ لِقوّةِ الخلافِ فيه (بَلَغَتْ تسعَ سِنين) قَمَريّةً تقريبًا بالمعنى السّابِقِ في الحيضِ ولو بكْرًا خَليّةً

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٢٥٠٢]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٤٧]، وغيرهما من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

ولو حَلَبَتْ فأوجِرَ بعد مَوْتِها حَرَّمَ في الأَصَحِّ، ولو جُبِّنَ أو نُزِعَ منه زُبْدٌ حَرَّمَ، ولو خُلِطَ بمائِعٍ حَرَّمَ إنْ غَلَبَ، فإنْ غُلِبَ وشَرِبَ الكُلَّ قيلَ أو البعْضَ حَرَّمَ في الأَظْهَرِ، ....

دون مَنْ لم تبلُغْ ذلك لأنّها لا تحتَمِلُ الوِلادةَ واللّبَنُ المُحَرِّمُ فرعُها، (ولو حَلَبَتْ) لَبَنَها المُحَرِّمَ وهو الخامِسُ أو خمسَ دُفُعاتٍ أو حَلَبَه غيرُها أو نزل منها بلا حَلْبٍ ثمّ ماتتْ (فأوجِرَ) طِفْلٌ مَرّةً في الأولى وخمسَ مَرّاتٍ في الثانيةِ (بعدَ موتها حُرِّمَ) بالتّشديدِ هنا وفيما بعدُ (في الأصحِّ) لانفِصالِه منها وهي غيرُ مُنْفَكّةٍ عن الحِلِّ والحرمةِ (ولو جُبِّنَ أو نُزِعَ منه زُبْدٌ) وأُطْعِمَ الطِّفْلُ ذلك الجُبنَ أو الزُّبْدَ أو سقاه المنْزوعَ منه الزُّبْدَ (حَرَّمَ) لِحُصولِ التّغَذّي.

(تنبيهٌ) قضيّةُ هذا الصّنيعِ الذي تَبِعْت فيه غيري حيثُ عُمِّمَ في المطْعوم وخُصِّصَ المسقيُّ بما نُزِعَ زُبْدُه أنّ المنْزوعَ منه الجُبنُ وهو المُسَمّى على السُّنّةِ العامّةِ بالمصْلِ لأنّه يُشْبِه المصْلَ الحقيقيَّ وهو ماءُ الأقِطِ بعدَ غَلَيانِه وعَصْرِه على أحدِ تفسيرَيْه في الرِّبا لا يحرُمُ هنا ويوَجّه بأنّه انسَلَخَ عنه اسمُ اللّبَنِ وصِفاتُه بالكلّيّةِ بخلافِ المنْزوعِ منه الزُّبْدُ لِبَقائِهما فيه وعَجيبٌ أنّ الروضةَ وفُروعَها وغيرَهُنّ فيما عَلِمْت لم يَتعرَّضوا للمَنْزوعِ منه زُبْدٌ ولا جُبنٌ ولا يُقاسُ ما هنا بما في الفطرةِ والرِّبا لاختلافِ الملْحَظِ فيهنّ كما هو واضِحٌ.

(ولو خُلِطَ) اللبَنُ (بمائعٍ) أو جامِدٍ (حَرَّمَ إن غَلَبَ) بفَتح أوّله المائِعُ بأن ظَهَرَ لونُه أو طَعمُه أو ريحُه وإن شَرِبَ البعضَ لأنّه المُؤَثّرُ حينَئِذٍ (فإن غُلِبَ) بضَمّ أوّله بأن زال طَعمُه ولونُه وريحُه حِسًّا وتَقديرًا بالأشَدّ فيما يَأتي والحالُ أنّه يُمكِنُ أن يَأتيَ منه خَمسُ دُفُعاتٍ كَما نَقَلاه وأقراءٍ لكِن حَكَى الرّويانيُّ عن النّصّ خِلافَه وأنّ القطرةَ وحدَها مُؤَثّرةٌ إذا وصَل إليه في خَمسِ دُفُعاتٍ ما وقَعت فيه (وَشَرِبَ الكُلَّ) عَلى خَمسِ دُفُعاتٍ أو كانَ هو الخامِسةُ (قيل أو البعضَ حَرَّمَ في الأظهَرِ) لأنّ اللبَنَ في شُربِ الكُلّ وصَل لجَوفِه يَقينًا فَحَصَل التّغَذّي المقصودُ وبِه فارَقَ عَدَمَ تَأثيرِ نَجاسةٍ استُهلكَت في ماءٍ كَثيرٍ لانتِفاءِ استِقذارِها حينَئِذٍ وعَدَمُ حَدٍّ بخَمرٍ استُهلكَت في غَيرِها لانتِفاءِ الشّدّةِ المُطرِبةِ وعَدَم فِديةٍ بطَعامٍ فيه طيبٌ استُهلكَ لزَوالِ التّطَيُّبِ وعَدَم تَأثيرِ البعضِ هُنا لعَدَمِ تَحَقُّقِ وُصولِ اللبَنِ للجَوفِ ومِن ثَمّ لو تَحقّقَه بأن تَحقّقَ انتِشارُه فيما شَرِبَه أو بَقيَ أقَلُّ مِن قَدرِ اللبَنِ حَرَّمَ ولو زايَلت اللبَنَ المُخالطَ لغَيرِه أوصافُه اعتُبِرَ بما له لونٌ قَويٌّ يَستَولي عَلى الخليطِ كَما قاله جَمعٌ مُتَقَدّمونَ ويَظهَرُ اعتِبارُ أقوَى ما يُناسِبُ لونَ اللبَنِ أو طَعمَه أو ريحَه أخذًا مِمّا مَرّ أوّلَ الطّهارةِ في التّغَيُّرِ التّقديريّ بالأشَدّ فاقتِصارُهُم هُنا عَلى اللونِ كَأنّه مِثالٌ ولو اختَلطَ لبَنُ امرَأتَينِ ثَبَتَت أُمومةُ غالبةِ اللبَن وكَذا مَغلوبَتُه بالشّرطِ السّابِقِ.

(تَنبيهٌ) صَريحُ قَولِهم هُنا يُمكِنُ أن يَأتيَ منه خَمسُ دُفُعاتٍ الموافِقُ لما في أصلِ الرّوضةِ أنّه يُشتَرَطُ أن يَكونَ اللبَنُ قَدرًا يُمكِنُ أن يُسقَى منه خَمسُ دُفُعاتٍ لو انفَرَدَ عن الخليطِ أنّ مَسألةَ الخلطِ لا يُشتَرَطُ في اللبَنِ فيها تَعَدُّدُ انفِصاله بَل لو انفَصَل دُفعةً وأمكَنَ أن يُسقَى منه خَمسٌ لو انفَرَدَ عن

ويُحَرِّمُ إيجارٌ، وكذا إسْعاطٌ على المذْهَبِ، لا حُقْنةٌ في الأظْهَرِ، وَشَرْطُه: رَضيعٌ حَيٌّ لم يَبْلُغْ سَنتَيْنِ.

الخليطِ حَرُمَ ووَجه صَراحَتُه في ذَلكَ أنّه لو كانَ الفرضُ أنّه انفصَل خَمسُ دُفُعاتٍ بالفِعل لم يَتَأتَّ الخِلافُ في اشتِراطِ الإمكانِ المذكورِ فتَعَيَّنَ أنّ الفرضَ أنّه انفصَل دُفعةً واحِدةً وحينَئِذٍ فقيل يَكفي مُطلقًا والأصَحُّ أنّه لا بُدَّ مِن ذَلكَ الإمكانِ وعَليه فيُنافيه قولُهُم الآتي ولو حَلبَ مِنها دُفعةً وأوجَرَه خَمسًا إلخ إذ صَريحُه أنّه إذا انفصَل في مَسألةِ الخلطِ دُفعةً فَهوَ مَرّةً أمكَنَ أن يَأتيَ منه خَمسٌ أم لا وحينَئِذٍ فَأمّا أن يُقال اشتِراطُ إمكانِ الخمسِ والاكتِفاءُ بهِنّ مع اتّحادِ الانفِصال طَريقةٌ مُخالفةٌ للمَذهَبِ الآتي لهُما أنّه لا بُدَّ مِن التّعَدُّدِ في الطّرَفَينِ الانفِصالُ والإيجارُ وسَكَتا عَليها هُنا للعِلم بضَعفِها مِمّا سَيُذكَرُ أنّه كالأصحابِ وهَذا بَعيدٌ جِدًّا لتَطابُقِ مُختَصَرَي الرّوضةِ وسائِرِ مَن بَعدَها فيما عَلمت عَلى ما فيها في المحَلينِ وأمّا أن يُفَرّقَ بأنّ الصّرفَ لا صارِفَ عن اعتِبارِ التّعَدُّدِ فيه في الطّرَفَينِ الحقيقيَّينِ بخِلافِ المُختَلِطِ بغَيرِه فَإن اجتِماعَ الغيرِ معه أوجَبَ له حُكمًا آخَرَ هو إمكانُ التّعَدُّدِ بَعدَ الخلطِ لإحالةِ الانفِصال لأنّ طُروَّ الخلطِ عَليه ألغى النّظَرَ إليه وأوجَبَه للحالةِ الطّارِئةِ لقوّتِها فالحاصِلُ أنّ التّعَدُّدَ يُعتَبَرُ في الطّرَفَينِ في المسألتَينِ لكِن هَذا اكتُفيَ بإمكانِه حالةَ الخلطِ؛ لأنّه الأقوى وتِلكَ تَعَيَّنَ اعتِبارُه حالةَ الانفِصال لأنّه لا مُعارِضَ له فتَأمّله فإنّه دَقيقٌ مُهِمٌّ.

(ويحرِمُ إيجارٌ) وهو صَبُّ اللّبَنِ في الحلْقِ قهْرًا لِحُصولِ التّغَذّي به ومن ثَمّ اشترِطَ وُصولُه للمَعِدةِ ولو من جائِفة لا مَسامٍّ فلو تَقاياه قبلَ وُصولِها يقينًا لم يحرُم (وكذا إسعاطٌ) بأنْ صَبَّ اللّبَنَ في الأنفِ حتى وصَلَ لِلدِّماغِ (على المذهبِ) لِذلك (لا حُقْنةَ في الأظهرِ) لأنّها لإسهالِ ما انعقَدَ في الأمعاءِ فلم يكن فيها تَغَذٍّ ومنها صَبُّه في نحوِ أُذُنٍ أو قُبُلٍ. (وشرطُه) أي الرّضاعِ المُحَرِّمِ أي ما لا بُدَّ فيه منه فلا يُنافي عَدُّه فيما مَرَّ رُكْنًا (رَضيعٌ حَيٌّ) حياةً مُستَقِرّةً فلا أثَرَ لِوُصولِه لِجوْفِ مَنْ حَرَكتُه حَرَكةَ مذبوحٍ ومَيِّتٍ اتِّفاقًا لِمُنافاةِ التّغَذّي (لم يَبْلُغْ) في ابتداءِ الخامِسةِ (سنَتَين) بالأهِلّةِ ما لم ينكسِرْ أوّلُ شهرٍ فيُكْمِلُ ثلاثين من الشّهْرِ الخامِسِ والعِشْرين فإنْ بَلَغَهما يقينًا ابتداءَ الخامِسةِ ويُحْسَبانِ من تمامِ انفِصالِه لا من أثنائِه وإنْ رَضَعَ وطالَ زَمَنُ الانفِصالِ وإنْ نازع فيه الأذْرَعيُّ فلا تَحريمَ لِخبرِ الدّارَقُطْنيِّ والبيْهَقيِّ «لا رَضاعَ إلا ما كان في الحوْلين»[(١)] وحَسَّنَ الترمذيُّ خبرَ «لا رَضاعَ إلا ما فتَقَ الأمعاءَ وكان قبلَ الحوْلينِ»[(٢)] وخبرُ مسلمٍ (في سالِمِ الذي أرضَعَتْه زوجةُ مولاه أبي حُذَيْفة وهو رجلٌ لِيَحِلَّ له

---

(١) أخرجه: الدارقطني في (سننه) [٤/ ١٧٤]، وابن عدي في (الكامل) [٧/ ١٠٣]، ومن طريقه: البيهقي في (السنن الكبرى) [٧/ ٤٦٢]، وغيرهم من حديث: ابن عباس رَضَالِلَّهُعَنْهُ.

(٢) [صحيح] أخرجه: الترمذي في (الجامع) [رقم/ ١١٥٢]، والنسائي في (السنن الكبرى) [رقم/ ٥٤٦٥]، وابن حبان في (صحيحه) [رقم/ ٤٢٢٤]، من حديث أم سلمة رَضِيَالِلَّهُعَنْهَا.

قلت: حديث صحيح. ينظر: (إرواء الغليل) للألباني [٧/ ٢٢١].

تَنْبيهٌ: ابْتِداءُ الحوْلَيْنِ من تَمامِ انْفِصالِ الرّضيعِ كما في نَظائِرِه، فإن ارْتَضعَ قبلَ تَمامِه خَمسَ رَضَعاتٍ، وضَبْطُهُنّ بالعُرْفِ، فلو قَطَعَ إعْراضًا تَعَدَّدَ، أو لِلَّهْوِ وعادَ في الحالِ أو تَحَوَّلَ من ثَدْيٍ إلى ثَدْيٍ فلا.

نَظَرُها بإذْنِه ﷺ) خاصٌّ به أو مَنسوخٌ كما قاله أُمّهاتُ المُؤْمِنين رَضي الله عنهن أو في أثْنائِها حَرُمَ و(خمسُ رَضَعاتٍ) أو أكلاتٍ من نحوِ خُبْزٍ أو عُجِنَ به أو البعضُ من هذا والبعضُ من هذا لِخبرِ مسلم عن عائِشةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا بذلك والقِراءةُ الشّاذّةُ يُحتَجُّ بها في الأحكامِ كخبرِ الواحدِ على المعتمدِ وحِكْمةُ الخمسِ أنّ الحواسَّ التي هي سبَبُ الإدْراكِ كذلك وقَدَّمَ مفهومَ خبرِ الخمسِ على مفهوم خبرِ مسلمٍ أيضًا «لا تَحرُمُ الرّضعةُ ولا الرّضْعَتانِ»(١) لاعتضادِه بالأصلِ وهو عدمُ التحريم لا يُقالُ هذا احتجاجٌ بمفهومِ العددِ وهو غيرُ حُجّةٍ عندَ الأكثرين لأنّا نَقولُ مَحَلُّ الخلافِ فيه حيثُ لا قرينةَ على اعتبارِه وهنا قرينةٌ عليه وهو ذِكْرُ نسخِ العشرِ بالخمسِ وإلا لم يَبْقَ لِذِكرِها فائِدةٌ (وضَبْطُهُنّ بالعُرْفِ) إذْ لم يَرِدْ لهنّ ضَبْطٌ لُغةً ولا شرعًا وتَوَقُّفَ الأذْرَعيُّ مع ذلك وما في الخبرِ أنّ «الرّضاعَ ما أنْبتَ اللّحْمَ وأنْشرَ العظْمَ»(٢) في قولِهم لو طارَتْ قطرةٌ إلى فيه فنزلتْ جوْفَه أو أسعَطَ قطرةً عُدَّ رَضْعةً ويُجابُ بأنّ المُرادَ بما في الخبرِ أنّ من شَأنِه ذلك وبأنّه لا بعدَ أنْ يُسَمّيَ العُرْفُ ذلك رَضْعةً باعتبارِ الأقَلِّ.

(فلو قطَعَ) الرّضيعُ الرّضاعَ (إعراضًا) عن الثدْيِ أو قطَعَتْه عليه المُرْضِعةُ ثمّ عادَ إليه فيهما ولو فوْرًا (تعدَّدَ) الرّضاعُ وإنْ لم يَصِلْ للجوْفِ منه في كلِّ مَرّةٍ إلا قطرةٌ (أو) قطَعَه (لِلَّهْوِ) أو نحوِ تَنَفُّسٍ أو ازْدِرادِ ما اجتَمع منه في فمِه أو قطَعَتْه المُرْضِعةُ لِشُغْلٍ خَفيفٍ (وعادَ في الحالِ أو تَحَوَّلَ) أو حَوَّلَتْه (من ثَدْيٍ إلى ثَدْيٍ) آخرَ لها أو نام خَفيفًا (فلا) تعدُّدَ عَمَلاً بالعُرْفِ في كلِّ ذلك بَقِيَ الثدْيُ بفَمِه أم لا أمّا إذا تَحَوَّلَ أو حوَّلَ لِثَدْيٍ غيرِها فيَتعدَّدُ وأمّا إذا نام أو التهى طَويلاً فإنْ بَقِيَ الثدْيُ بفَمِه لم يَتعدَّدْ وإلا تعدَّدَ ويُعْتَبَرُ التَعدُّدُ في أكلِ نحوِ الجُبنِ بنظيرِ ما تقرّر في اللّبَنِ أخذًا من قولِهم هنا عَقِبَ ذلك يُعْتَبَرُ ما نحن فيه بمَرّات الأكلِ فلو حَلَفَ لا يأكلُ في اليوم إلا مَرّةً اعْتُبِرَ التَعدُّدُ فيه بمثلِ هذا فلو أكلَ لُقْمةً ثمّ أعرَضَ واشتَغَلَ بشُغْلٍ طَويلٍ ثمّ عادَ وأكلَ حَنِثَ أي لأنّ هذا الإعراضَ مع الطّولِ صَيَّرَ الثانيةَ مَرّةً أخرى فكذا يُقالُ هنا ولو أطالَ الأكلَ فهو مَرّةٌ واحدةٌ وإنْ صَحِبَه حديثٌ أو انتقالٌ من طَعامٍ لِآخرَ أو قيامٌ ليأتيَ ببَدَلِ ما نَفَذَ فمَرّةٌ أي وإنْ طالَ الزّمَنُ في الأخيرةِ كما يُصَرِّحُ به اشتراطُهم في الأولى الإعراضُ والطّولُ المقتضى أنّ أحدَهما لا يَضُرُّ لكن يُنافي اعتبارُ الطّولِ هنا مع الإعراضِ قولَهم السّابِقَ ولو فوْرًا فيُمْكِنُ أنّهم جرَوْا في مسألةِ اليمينِ على الضّعيفِ هنا أنّ الإعراضَ وحدَه لا يَضُرُّ

---

(١) [صحيح] أخرجه: مسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٤٥١]، وغيره من حديث: أم الفضل رَضِيَ اللهُ عَنْهَا.

(٢) [سنده ضعيف] أخرجه: أحمد في (مسنده) [١/ ٤٣٢]، والدارقطني في (سننه) [٤/ ١٧٢]، من حديث: عبد الله بن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

قلتُ: سنده ضعيف.

ولو حَلَبَ منها دَفْعةً وأوجَرَه خَمسًا أو عَكْسُه فَرَضْعةٌ، وفي قولٍ خَمسٌ، ولو شُكَّ هَلْ خَمسًا أم أقَلَّ، أو هَلْ رَضَعَ في حَوْلَيْنِ أم بَعْدُ؟ فلا تَحريمَ، وفي الثّانية قولٌ، أو وجْهٌ، وتَصير المُرْضِعةُ أُمَّه، والذي منه اللّبَنُ أباه، وتَسْري الحُرْمةُ إلى أولادِه، ولو كان لِرَجُلٍ خَمسٌ مُسْتَوْلِداتٍ أو أربَعُ نِسْوةٍ وأُمُّ ولَدٍ فَرَضَعَ طِفْلٌ من كُلِّ رَضْعةً صارَ ابنَه في الأصَحِّ فَيَحْرُمنَ عليه لأنهُنّ مَوْطوآتُ أبيه، ....

ويُحْتَمَلُ أنّهم رَأوا العُرْفَ مختلِفًا فيهما وفيه نَظَرٌ ظاهرٌ وإنْ كان هو الأقرَبُ إلى كلامِهم فإنّهم ذكروا الخلافَ في المُفرَّعِ دونِ المُفرَّعِ عليه فيُبْعِدُ جَزْمُهم في المُفرَّعِ عليه بما يُخالِفُ الأصحَّ في المُفرَّعِ ويُؤَيِّدُ الأوّلَ في ذِكْرِهم في إعراضِه عدمُ الفرقِ وفي إعراضِ المُرْضِعةِ عدمُ الشُّغْلِ الخفيفِ وهذا صريحٌ في اختلافِ العُرْفِ فيهما وحينئذٍ فليس ببَعيدٍ اختلافُه فيما ذُكِرَ وقولُنا ليأتيَ ببَدَلِ ما نَفَذَ حَذْفُه بعضُهم وله وجهٌ لَكِنّ الأقرَبَ إلى كلامِهم أنّه قيْدٌ.

(ولو حَلَبَ منها دفعةً وأوجَرَه خمسًا أو عكسُه) أي حَلَبَ خمسًا وأوجَرَه دُفعةً (فرَضعةٌ) اعتبارًا بحالةِ الانفِصالِ من الثدْيِ في الأولى ووُصولِه للجوْفِ في الثانيةِ (وفي قولٍ) ذلك (خمسٌ) فيهما تنزيلًا في الأولى للإناءِ منزلةَ الثدْيِ ونَظَرًا في الثانيةِ لِحالةِ انفِصالِه من الضَّرْعِ وقولُه منها قيْدٌ للخلافِ فلو حَلَبَ من خمسٍ في إناءٍ وأوجَرَه طِفلٌ دُفْعةً أو خمسًا حُسِبَ من كلِّ رَضْعةٍ.

(ولو شَكَّ هل) رَضَعَ (خمسًا أم) الأفصَحُ أو (أقلَّ أو هل رَضَعَ في الحوْلينِ أم بعدُ فلا تَحريمَ) لأنّ الأصلَ عدمُه ولا يخفى الورَعُ هنا وحيثُ وقَعَ الشّكُّ للكراهةِ حينئذٍ كما هو ظاهرُ ما مَرَّ أنّه حيثُ وُجِدَ خلافٌ يُعْتَدُّ به في التحريمِ وُجِدَت الكراهةُ ومعلومٌ أنّها هنا أغلَظُ لأنّ الاحتياطَ هنا ينفي الرّيبةَ في الأبضاعِ المختصّةِ بمَزيدِ احتياطٍ ثمّ في المحارِمِ المختَصّةِ باحتياطٍ أعلى فتأمّلْه (وفي) الصّورةِ (الثانيةِ قولٌ أو وجهٌ) في التحريمِ لأنّ الأصلَ بَقاءُ الحوْلينِ (و) بالرّضاعِ المُستوفي لِلشُّروطِ (تَصيرُ المُرْضِعةُ أمَّه) أي الرّضيعِ (والذي منه اللّبَنُ وتَسري الحرمةُ) من الرّضيعِ (إلى أولادِه) أي الرّضيعِ نَسَبًا أو رَضاعًا وإنْ سفَلوا ووَهَمَ مَنْ جعله لِذي اللّبَنِ لأنّ المتنَ سيذكرُه وذلك للخبرِ السّابقِ «يحرُمُ من الرّضاعِ ما يحرُمُ من النّسَبِ»[1] وخرج بأولادِه أُصولُه وحَواشيه فلا تَسري الحرمةُ منه إليهما فلَهم نِكاحُ المُرْضِعةِ وبَناتها ولِذي اللّبَنِ نِكاحُ أُمِّ الطِّفْلِ وأختِه وإنّما سرَت الحرمةُ منه إلى أُصولِ المُرْضِعةِ وذي اللّبَنِ وفُروعِهما وحَواشيهما نَسَبًا ورَضاعًا كما سيذكرُه لأنّ لَبَنَ المُرْضِعةِ كالجُزْءِ من أُصولِها فسَرى التحريمُ به إليهم مع الحواشي بخلافِه في أُصولِ الرّضيعِ وحَواشيه.

(ولو كان لِرجلٍ خمسُ مُستولَداتٍ أو أربعُ نِسوةٍ وأُمُّ ولَدٍ) ولَبَنُهُنّ له (فرَضَعَ طِفلٌ من كلِّ رَضعةٍ صار ابنَه في الأصحِّ) لأنّ لَبَنَ الكلِّ منه ولا تَصِرْنَ أُمَّهاتُه رَضاعًا (فيحرُمْنَ عليه لأنّهُنّ موطوءاتُ أبيه) لا

---

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

ولو كان بَدَلَ الْمُسْتَوْلَدَاتِ بَناتٌ أو أخَواتٌ فلا حُرْمَةَ في الأَصَحِّ، وَآباءُ الْمُرْضِعَةِ من نَسَبٍ أو رَضاعٍ أجْدادٌ لِلرَّضيعِ، وأُمَّهاتُها جَدّاتُه، وأولادُها من نَسَبٍ أو رَضاعٍ إخْوَتُه وأخَواتُه وإخْوَتُها وأخَواتُها أخْوالُه وخالاتُه، وأبو اللَّبَنِ جَدُّه، وأخوه عَمُّه وكذا الباقي، واللَّبَنُ لِمَنْ نُسِبَ إليه ولَدٌ نَزَلَ به بِنِكاحٍ أو وطْءِ شُبْهةٍ لا زِنًا، ولو نَفاه بِلِعانٍ انْتَفَى اللَّبَنُ عنهُ، ولو وطِئَتْ مَنْكوحةٌ بشُبْهةٍ، أو وَطِئَ اثْنانِ بشُبْهةٍ فَوَلَدَتْ فاللَّبَنُ لِمَنْ لَحِقَه الوَلَدُ بقائِفٍ أو غيرِه، ولا تَنْقَطِعُ نِسبةُ اللَّبَنِ عن زَوْجٍ ماتَ أو طَلَّقَ، وإنْ طالَتِ الْمُدَّةُ أو انْقَطَعَ وعادَ، ....

لأُمومَتِهِنّ له لانتفاءِ استقلالِ كلٍّ بإرضاعِه الخمسَ (ولو كان بَدَلُ الْمستولَدات بَناتٍ أو أخواتٍ) أو أمٍّ وأختٍ وبنتٍ وجَدّةٍ وزوجةٍ له فرَضَعَ الطِّفلُ من كلٍّ رَضعةً (فلا حرمةَ) لهنّ عليه (في الأصحِّ) وإلا لَصار جَدَّ الأُمِّ أو خالاً مع عدم أُمومةٍ وهو مُحالٌ بخلافِه فيما مَرَّ لأنّه لا تَلازُمَ بين الأُبوّةِ والأُمومةِ لِثُبوت الأُبوّةِ فقط فيما ذُكِرَ والأُمومةِ فقط فيما إذا أرضَعَتْ خَليّةٌ أو مُرْضِعٌ من زِنًا (وآباءُ الْمُرضِعةِ من نَسَبٍ أو رَضاعٍ أجدادٌ لِلرَّضيعِ) وفُروعِه فإذا كان أنثى حَرُمَ عليهم نِكاحُها (وأُمّهاتُها) من نَسَبٍ أو رَضاعٍ (جَدّاتُه) فإذا كان ذكرًا حَرُمَ عليهم نِكاحُه (وأولادُها من نَسَبٍ أو رَضاعٍ إخوتُه وأخواتُه وإخوتُها وأخواتُها) من نَسَبٍ أو رَضاعٍ (أخوالُه وخالاتُه وأبو ذي اللَّبَنِ جَدُّه وأخوه عَمُّه وكذا الباقي) فأُمّهاتُه جَدّاتُ الرَّضيعِ وأولادُه إخوةُ الرَّضيعِ وأخواتُه (واللَّبَنُ لِمَنْ نُسِبَ إليه ولَدٌ نزل) اللَّبَنُ (به) أي بسببه (بنِكاحٍ) فيه دخولٌ أو استدخالُ مَنيٍّ مُحْتَرَمٍ أو بملكِ يَمينٍ فيه ذلك أيضًا كما أفادَه ما قدَّمَه في المُستولَدةِ (أو وطءِ شُبهةٍ) لِثُبوت النَّسَبِ بذلك والرَّضاعُ تلْوُه (لا زِنًا) لأنّه لا حرمةَ له نعم، يُكْرَه له نِكاحُ مَنِ ارتَضَعَتْ من لَبَنِه أمّا حيثُ لا دخولَ بأنْ لَحِقَه ولَدٌ بمُجَرَّدِ الإمكانِ فلا تَثبُتُ الحرمةُ بين الرَّضيعِ وأبي الولدِ كما قاله ابنُ القاصِّ قال البُلْقينيُّ وهو قضيّةُ كلامِ الأصحابِ وقال غيرُه إنّ ظاهرَ كلامِ الجمهورِ يُخالِفُه وخرج بقولِه نزل به ما نزل قبلَ حملِها منه ولو بعدَ وطْئِها فلا يُنْسَبُ إليه ولا تَثبُتُ به أُبوّتُه كما قاله جمعٌ مُتقدِّمون (ولو نَفاه) أي الزوجُ الولدَ النّازِلَ به اللَّبَنُ (بلِعانٍ انتفى اللَّبَنُ عنه) لِما تقرّر أنّه تابعٌ لِلنَّسَبِ ومن ثَمَّ لو استَلْحَقَه بعدُ لَحِقَه الرَّضيعُ.

(ولو وُطِئَتْ مَنكوحةٌ بشُبهةٍ أو وطِئَ اثنانِ) امرأةً (بشُبهةٍ فولدتْ) بعدَ وطْئِها ولَدًا (فاللَّبَنُ) النّازِلُ به (لِمَنْ لَحِقَه الولدُ) منهما (بقائِفٍ) لإمكانِه منهما (أو غيرِه) كانحِصارِ الإمكانِ فيه وكانتسابِ الولدِ أو فرعِه بعدَ موته إليه بعدَ كمالِه لِفَقْدِ القائِفِ أو غيرِه ويجبُ ذلك فيُجْبَرُ عليه حِفْظًا لِلنَّسَبِ من الضَّياعِ ولو انتسب بعضُ فُروعِه لِواحدٍ وبعضُهم لآخرَ دامَ الإشكالُ فإنْ ماتوا أو لم يكن له ولَدٌ انتسب الرَّضيعُ إنْ شاءَ وقيلَ ذلك لا يَحِلُّ له بنتُ أحدِهما ونحوُها.

(ولا تنقطِعُ نِسبةُ اللَّبَنِ) لِزوجٍ نزل بسببِ عَلوقِ زوجَته منه (عن زوجٍ مات أو طَلَّقَ وإنْ طالَتِ المُدّةُ) فكلُّ مُرْتَضِعٍ بلَبَنِها قبلَ وِلادَتِها نَسيبًا من غيرِه يكونُ ابنًا له كما قال (أو انقطَعَ) اللَّبَنُ (وعادَ) ولو بعدَ

فإنْ نَكَحَتْ آخرَ وولَدَتْ منه فاللّبَنُ بعد الوِلادةِ له وقبلَها للأوّلِ إنْ لم يَدْخُلْ وقْتَ ظُهورِ لَبَنِ حَملِ الثّاني، وكذا إنْ دَخَلَ، وفي قولٍ لِلثّاني وفي قولٍ لهما.

فَصْلٌ

تَحتَه صَغيرةٌ فأرضَعَتْها أُمُّه أو أُختُه أو زَوْجةٌ أُخرَى انْفَسَخَ نِكاحُه، ولِلصَّغيرةِ نِصْفُ مَهْرِها، وله على المُرْضِعةِ نِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ، ....

عَشْرِ سِنين لِعدمِ حُدوثِ ما يقطَعُ نِسبَتَه عن الأوّلِ إذِ الكلامُ فيمَنْ لم تنكِحْ غيرَه ولا وطِئَتْ بشُبهةٍ أو ملكٍ (فإنْ نكحَتْ آخرَ) أو وُطِئَتْ بأحدِ ذَيْنَك (وولدتْ منه فاللّبَنُ بعدَ) تمامِ (الوِلادةِ) بأنْ تَمَّ انفِصالُ الولدِ (له) أي الثاني (وقبلها) أو معها (للأوّلِ إنْ لم يدخلْ وقتُ ظُهورِ لَبَنِ حَملِ الثاني وكذا إنْ دخل) وقتُه وزاد بسببِ الحملِ لأنّه ليس غِذاءً للحملِ فلم يصلحْ قاطِعًا له عن ولَدِ الأوّلِ ويُقالُ أقَلُّ مُدّةٍ يحدُثُ فيها للحامِلِ أربَعون يومًا (وفي قولٍ) هو فيما بعدَ دخولِ وقت ذلك (لِلثّاني) إن انقَطَعَ مُدّةً طَويلةً ثمّ عادَ إلحاقًا للحملِ بالوِلادةِ (وفي قولٍ) هو (لهما) لِتعارُضِ مُرجحيهِما واحترَزْت بقولي نَسيبًا عَمّا حَدَثَ بوَلَدِ الزّنا فإنّ الذي يظهرُ أنّه لا تنقَطِعُ به نِسبةُ اللّبَنِ للأوّلِ لأنّه لا احترامَ لِلزّنا ثمّ رأيت ابنَ أبي الدّمِ ذكرَ ذلك لكن بعدَ قولِه لا يَبْعُدُ انقطاعُه به والزّركشيُّ ضَعَّفَ ما ذكرَه من عدمِ الانقطاعِ واستَدَلَّ بأنّها إذا أرضعَتْ بلَبَنِ الزّنا طِفلًا صار أخًا لِوَلَدِ الزّنا وواضِحٌ أنّه لا دليلَ في ذلك لأنّ أُخوّةَ الأمِّ تَثبُتُ لِوَلَدِ الزّنا لِثُبوت نَسَبه من الأمِّ فكذا الرّضاعُ وليس الكلامُ في ذلك وإنّما هو في قرابةِ الأبِ وهي لا تَثبُتُ لِوَلَدِ الزّنا فكذا الرّضاعُ ثمّ رأيت عبارةَ الروضةِ مُصَرِّحةً بانقطاعِ نِسبتِه عن الزوجِ ويوَجّه بأنّ اللّبَنَ الآنَ لِلزّنا يقينًا غايَتُه أنّ الشّارِعَ قطَعَ نِسبتَه لِلزّاني كما أنّ الوِلادةَ قطعَتْ نِسبتَه للأوّلِ إذْ لا يُمْكِنُ نِسبتُه إليه بعدَها فنَتَجَ أنّه لا أب لهذا الرّضيعِ وإنْ ثَبَتَ الرّضاعُ من جِهةِ الأمِّ.

فصل في حكمِ الرّضاعِ الطّارِئِ على النّكاحِ تَحْريمًا وغُرْمًا

(تحته صَغيرةٌ فأرضَعَتْها) مَنْ تَحْرُمُ عليه بنتُها كأنْ أرضعَتْها (أمُّه أو أختُه) أو زوجةُ أصلِه أو فرعِه أو أخيه بلَبَنِهم من نَسَبٍ أو رَضاعٍ (أو زوجةٌ أخرى) له موطوءةٌ (انفسَخَ نِكاحُه) من الصّغيرةِ لأنّها صارتْ مُحَرَّمةً عليه أبدًا وكذا من الكبيرةِ في الأخيرةِ لأنّها صارتْ أُمَّ زوجَته وخرج بالموطوءةِ غيرُها فتَحْرُمُ المُرْضِعةُ فقط إنْ كان الإرضاعُ بغيرِ لَبَنِه كما يأتي (ولِلصّغيرةِ) عليه (نصفُ مهرِها) المُسَمّى إنْ صَحَّ وإلا فنصفُ مهرِ مثلِها لأنّها فورِقت قبلَ الوطءِ لا بسببِها (وله) إنْ كان حُرًّا وإلا فلِسيِّدِه وإنْ كان الفواتُ إنّما هو على الزوجِ (على المُرْضِعةِ) المختارةِ إنْ لم يأذَنْ لها ولم تكن مملوكةً له أو كانت مُكاتَبَتَه (نصفُ مهرِ مثلٍ) وإنْ لَزِمَها الإرضاعُ لِتعيُّنِها لأنّ غَرامةَ المُتْلَفِ لا تَتأثّرُ بذلك ولَزِمَها النّصفُ اعتبارًا لِما يجبُ له بما يجبُ عليه أي في الجُمْلةِ فلا يُنافي أنّ نصفَ مهرِ المثلِ اللّازِمِ قد يَزيدُ على نصفِ المُسَمّى أمّا المُكْرَهةُ فيلزمُها ذلك لكن لا بطُرُقِ الاستقرارِ على المعتمدِ وإنّما هي طَريقٌ

وفي قولٍ كُلُّهُ، ولو رَضَعَتْ من نائمةٍ فلا غُرْمَ ولا مَهْرَ للمُرْتَضِعةِ. ولو كان تَحْتَه كَبيرةٌ وصَغيرةٌ فأرضَعَتْ أُمُّ الكبيرةِ الصّغيرةَ انْفَسَخَت الصّغيرةُ وكذا الكبيرةُ في الأَظْهَرِ، وله نِكاحُ مَنْ شاءَ منهما، وَحُكْمُ مَهْرِ الصّغيرةِ وتَغْريمُه المُرْضِعةَ ما سَبَقَ، وكذا الكبيرةُ إنْ لم تَكُنْ مَوْطوءةً فإنْ كانتْ مَوْطوءةً فَلَه على المُرْضِعةِ مَهْرُ مِثْلٍ في الأَظْهَرِ، ولو أرضَعَتْ بنْتُ الكبيرةِ الصّغيرةَ حُرِّمَت الكبيرةُ أبَدًا وكذا الصّغيرةُ إنْ كانت الكبيرةُ مَوْطوءةً .....

والقرارُ على مُكْرِهِها ولو حَلَبَتْ لَبَنَها ثمّ أمَرَتْ أجنَبيًّا يسقيه لها كان طَريقًا والقرارُ عليها على ما في المعتمدِ ونَظَرَ فيه الأذرَعيُّ إذا كان المأمورُ مُمَيِّزًا لا يَرى تَحَتُّمَ طاعَتها أي والذي يُتَّجه في المُمَيِّزات الغُرْمُ عليه فقط وفيمَنْ يَرى تَحَتُّمَ الطّاعةِ أنّه عليها فقط (وفي قولٍ) له عليها (كلُّه) أي مهرِ المثلِ لأنّه قيمةُ البُضْعِ الذي فوّتَتْه وعلى الأوّلِ فارقت شُهودَ طلاقٍ رَجَعوا فإنّهم يَغرَمون الكلَّ بأنّهم أحالوا بينه وبين حَقِّه الباقي بزَعْمِه فكانوا كغاصِبِ حالَ بين المالِكِ وحَقِّه وأمّا الفُرْقة هنا فحَقيقة بمنزلةِ التّلَفِ فلم تَغْرَم المُرْضِعةُ إلا ما أتْلَفته وهو ما غَرِمَه فقط. (ولو رَضَعَتْ) رَضاعًا مُحَرِّمًا (من نائِمةٍ) أو مُستَيْقِظةٍ ساكِتةٍ كما في الروضةِ وجعله كالأصحابِ. التمكينُ من الإرضاعِ إرْضاعًا إنّما هو بالنّسبةِ لِلتَّحْريم لا الغُرْم وإنّما عُدَّ سُكوتُ المُحرِمِ على الحلْقِ كفعلِه لأنّ الشّعْرَ في يَدِه أمانةٌ فلَزِمَه دَفْعُ مُتْلَفاته ولا كذلكَ هنا (فلا غُرْمَ عليها) لأنّها لم تصنَعْ شيئًا (ولا مهرَ للمُرْتَضِعةِ) لأنّ الانفِساخَ بفعلِها وهو مُسقِطًا له قبلَ الدُّخولِ وله في مالِها مهرُ مثلِ الكبيرةِ المُنْفَسِخِ نِكاحُها أو نصفُه لأنّها أتْلَفت عليه بُضْعَها وضمانُ الإتلافِ لا يتوَقّفُ على تمييزٍ.

(ولو كان تحتَه كبيرةٌ وصَغيرةٌ فأرضَعَتْ أُمُّ الكبيرةِ الصّغيرةَ انفسَخَت الصّغيرةُ) لأنّها صارتْ أختَ الكبيرةِ (وكذا الكبيرةُ في الأظهرِ) لِذلك ويُفَرَّقُ بينه وبين ما لو نَكَحَ أختًا على أختِها بأنّ هذه لم تجتَمِعْ مع الأولى أصلاً لِوُقوعِ عقدِها فاسِدًا من أصلِه فلم يُؤَثِّرْ في بُطْلانِ الأولى بخلافِ الكبيرةِ هنا فإنّها اجتَمعتْ مع الصّغيرةِ فبَطَلَتا إذْ لا مُرَجِّحَ (وله نِكاحُ مَنْ شاءَ منهما) من غيرِ جمعٍ لأنّهما أختانِ (وحكمُ مهرِ الصّغيرةِ) عليه (وتَغريمُه) أي الزوجِ (المُرْضِعةَ ما سبَقَ) أوّلَ الفصلِ (وكذا الكبيرةُ إنْ لم تكن موطوءةً) حكمُها ما سبَقَ في الصّغيرةِ فلها عليه نصفُ المُسَمَّى الصّحيحِ وإلا فنصفُ مهرِ المثلِ وله على أُمِّها المُرْضِعةِ نصفُ مهرِ المثلِ (فإنْ كانت موطوءةً فله على) الأُمِّ (المُرْضِعةِ) بشُروطِها السّابِقة (مهرُ مثلٍ في الأظهرِ) كما لَزِمَه لِبنتِها جميعُ المُسَمَّى إنْ صَحَّ وإلا فجميعُ مهرِ المثلِ ويأتي أنّهم لو شَهِدوا بطلاقٍ بعدَ وطْءٍ ثمّ رَجَعوا غَرِموا مهرَ المثلِ وهو يَرُدُّ دعوَى المُقابِلِ أنّه بالدُّخولِ استوفَى منفعتَه فلا يَغْرَمُ له بَدَلَه أمّا لو كانت الكبيرةُ الموطوءةُ هي المُفْسِدةُ لِنِكاحِها بإرضاعِها الصّغيرةَ فلا يرجِعُ عليها بمهرِها لِئَلّا يخلوَ نِكاحُها من الوطءِ عن مهرٍ وهو من خَصائِصِ نَبيِّنا ﷺ (ولو أرضَعَتْ بنتُ الكبيرةِ الصّغيرةَ حُرِمت الكبيرةُ أبدًا) لأنّها جَدّةُ زوجَته (وكذا الصّغيرةُ) فتَحْرُمُ أبدًا (إنْ كانت الكبيرةُ موطوءةً) لأنّها رَبيبةٌ بخلافِ ما إذا لم تكن موطوءةً لأنّ بنتَ الزوجةِ لا تَحْرُمُ إلا بالدُّخولِ

ولو كان تَحتَه صَغيرةٌ فَطَلَّقَها فأرضَعَتْها امرأةٌ صارَتْ أَمَّ امرأتِه، ولو نَكَحَتْ مُطَلَّقَتُهُ صَغيرًا وأرضَعَتْه بلَبَنِه حُرِّمَتْ على المُطَلِّقِ والصّغيرِ أبَدًا، ولو زَوَّجَ أمَّ ولَدِه عبدَه الصّغيرَ فأرضَعَتْه لَبَنَ السّيِّدِ حُرِّمَتْ عليه وعلى السّيِّدِ، ولو أرضَعَتْ مَوْطوءَتُه الأمةُ صَغيرةً تَحْتَه بلَبَنِه أو لَبَنِ غيرِه حُرِّمَتا عليهِ، ولو كان تَحْتَه صَغيرةٌ وكَبيرةٌ فأرضَعَتْها انْفَسَخَتا وحَرُمَت الكبيرةُ أبَدًا وكذا الصّغيرةُ إنْ كان الإرْضاعُ بلَبَنِه، وإلّا فَرَبيبةٌ.

ولو كان كَبيرةٌ وثَلاثُ صَغائِرَ فأرضَعَتْهُنّ حَرُمَتْ أبَدًا، وكذا الصّغائِرُ إنْ أرضَعَتْهُنّ بلَبَنِه أو لَبَنِ غيرِه وهي مَوْطوءةٌ، وإلّا فإنْ أرضَعَتْهُنّ مَعًا بإيجارِهِنّ الخامِسةَ انْفَسَخْنَ، ولا يَحْرُمنَ مُؤَبَّدًا، أو مُرَتَّبًا لم يَحْرُمنَ، وتَنْفَسِخُ الأولَى والثّالِثةُ، وتَنْفَسِخُ الثّانيةُ بإرْضاعِ الثّالِثةِ، .....

حكمُ الغُرْمِ هنا ما سبَقَ أيضًا وتَركه لِوُضوحِه مِمّا ذكرَهُ. (ولو كانت تحتَه صَغيرةٌ فطَلَّقَها فأرضَعَتْ
ـرأةٌ صارتْ أُمَّ امرأته) فتَحْرُمُ عليه أبدًا إلحاقًا لِلطّارِئِ بالمُقارِنِ كما هو شَأنُ التحريمِ المُؤَبَّدِ (ولـ
كحَتْ مُطَلَّقَتُه صَغيرًا وأرضَعَتْه بلَبَنِه حَرُمت على المُطَلِّقِ والصّغيرِ أبدًا) لأنّها زوجةُ ابنِ المُطَلِّقِ و
ـصّغيرِ وزوجةُ أبيه (ولو زَوَّجَ أُمَّ ولَدِه عبدَه الصّغيرَ) بناءً على المرْجوحِ أنّه يُزَوِّجُه إجبارًا أو حكمِ
ـاكِمٍ يَراه (فأرضَعَتْه لَبَنَ السّيِّدِ حُرِّمت عليه) لأنّها أُمُّه وموطوءةُ أبيه (وعلى السّيِّدِ) لأنّها زوجةُ ابـ
خرج بلَبَنِه لَبَنُ غيرِه فإنّ النّكاحَ وإن انفسَخَ لِكونِها أُمَّه لا تَحْرُمُ على السّيِّدِ لانتفاءِ سبَبِ التحريـ
ـليه المذكورِ.

(ولو أرضَعَتْ موطوءَتُه الأمةَ صَغيرةً تحتَه بلَبَنِه أو لَبَنِ غيرِه حَرُمَتا عليه) أبدًا لأنّ الأمةَ أُمُّ زوجَته الصّغيرةِ بنتُه إنْ رَضعَتْ لَبَنَه وإلا فبنتُ موطوءَته (ولو كان تحتَه صَغيرةٌ وكبيرةٌ فأرضَعَتْها) أي الكبيـ
ـصّغيرةَ (انفسَخَتا) لأنّها بنتُها فامتنع جمعُهما وسبقت هذه أوّلَ الفصلِ لِبيانِ الغُرْمِ وسبقت هنا لِبيا
تحريم (وحُرِّمت الكبيرةُ أبدًا) لأنّها أُمُّ زوجَته (وكذا الصّغيرةُ إنْ كان الإرضاعُ بلَبَنِه) لأنّها بنتُه (وإلا
كن بلَبَنِه بل بلَبَنِ غيرِه (فربيبةٌ) فلا تَحِلُّ إلا إنْ دخل بالكبيرةِ، (ولو كان تحتَه كبيرةٌ وثلاثُ صَغا
ـرضَعَتْهُنّ حُرِّمت) عليه (أبدًا) لأنّها أُمُّ زوجاته (وكذا الصّغائِرُ إنْ أرضَعَتْهُنّ بلَبَنِه أو لَبَنِ غيرِه) مَعًا أ
رَتَّبًا (وهي) في الإرضاعِ بلَبَنِ غيرِه (موطوءةٌ) لأنّهُنّ بَناتُه أو بَناتُ موطوءَته (وإلا) تكن موطو
اللّبَنُ للغيرِ (فإنْ أرضَعَتْهُنّ مَعًا) ويُتَصَوَّرُ (بإيجارِهِنّ) الرّضعةَ (الخامِسةَ) في وقتٍ واحدٍ أو بأنْ تُلْقِ
ـنين ثَدْيَيْها وتُوَجِّرُ الثالِثةَ لَبَنَها المحلوبَ (انفسَخْنَ) لاجتماعِهِنّ مع أُمِّهِنّ ولِصَيْرورَتِهِنّ أخواتٌ (و
حرُمْنَ مُؤَبَّدًا) إذْ لم يَطَأْ أُمَّهُنّ فله نِكاحُ كلٍّ من غيرِ جمعٍ في نِكاحٍ (أو) أرضَعَتْهُنّ (مُرَتَّبًا لم يحرُمْـ
ما ذكرَ (وتنفَسِخُ الأولى) بإرضاعِها لاجتماعِها مع الأُمِّ في النّكاحِ ولا تنفَسِخُ الثانيةُ بمُجَرَّدِ إرْضاعِـ
لا موجِبَ له (والثالِثةُ) بإرضاعِها لاجتماعِها مع أختِها الثانيةِ الباقيةِ في نِكاحِه (وتنفَسِخُ الثانـ
ـرضاعِ الثالِثةِ) لأنّهما صارتا أختَين مَعًا فأشبَهَ ما إذا أرضَعَتْهما مَعًا.

وفي قولٍ لا يَنْفَسِخُ، ويَجْري القوْلانِ فيمَنْ تَحْتَه صَغيرَتانِ أرضَعَتْهما أجْنَبيّةٌ مُرَتَّبًا أيَنْفَسِخانِ أم الثّانيةَ؟

فَصْلٌ

قال: هِنْدٌ بِنْتي أو أُخْتي برَضاعٍ، أو قالتْ هو أخي حَرُمَ تَناكُحُهما، ولو قال زَوْجانِ: بيننا رَضاعٌ، مُحَرِّمٌ فُرِّقَ بينهما ....

(وفي قولٍ لا ينفسِخُ) نِكاحُ الثانيةِ بل يختَصُّ الانفِساخُ بالثالِثةِ لأنّ الجمعَ ثَمَّ بإرضاعِها فاختَصَّ الفسادُ بها كما لو نكَحَ أختًا على أختٍ تبطُلُ الثانيةُ فقط ويَرُدُّه ما قدَّمته من الفرقِ ولو أرضَعَتْ ثِنْتَين مَعًا ثمّ الثالِثةَ انفَسَخَ مَنْ عداها لِوُقوعِ إرْضاعِها بعدَ اندِفاعِ نِكاحِ أُمِّها وأختَيْها أو واحدةً ثمّ ثِنْتَين مَعًا انفَسَخَ نِكاحُ الكلِّ لاجتماعِ الأُمِّ والبنت وصَيْرورةِ الأخيرَتَين أختَين مَعًا (ويَجْري القولانِ فيمَنْ تحتَه صَغيرَتانِ أرضَعَتْهما أجنَبيّةٌ) ولو بعدَ طلاقِهما الرّجْعيِّ (مُرَتَّبًا أينفَسِخانِ) وهو الأظهرُ لِما مَرَّ ولا يحرُمانِ مُؤَبَّدًا (أم الثانيةُ) فقط فإنْ أرضَعَتْهما مَعًا انفَسَخَتا قطعًا لأنّهما صارتا أختَين مَعًا والمُرْضِعةُ تَحْرُمُ مُؤَبَّدًا قطعًا لأنّها أُمُّ زوجَتِه.

فصل في الإقرارِ والشّهادةِ بالرّضاعِ والاختلافِ فيه

(قال) رجلٌ (هِنْدُ بنتي أو أختي برَضاعٍ أو قالتْ) امرأةٌ (هو أخي) أو ابني من رَضاعٍ وأمكنَ ذلك حِسًّا وشرعًا كما عُلِمَ من كلامِه آخِرَ الإقرارِ (حَرُمَ تَناكُحُهما) أبدًا مُؤاخَذةً للمُقِرِّ بإقرارِه ظاهرًا وباطِنًا إنْ صَدَقَ المُقِرُّ وإلا فظاهرًا فقط وإنْ لم يذكر الشُّروطَ كالشّاهِدِ بالإقرارِ به لأنّ المُقِرَّ يحتاطُ لِنفسِه فلا يُقِرُّ إلا عن تَحْقيقٍ سواءٌ الفقيه وغيرُه ويظهرُ أنّه لا تَثْبُتُ الحرمةُ على غيرِ المُقِرِّ من فُروعِه وأُصولِه مثلًا إلا إنْ صَدَّقَه أخذًا مِمّا مَرَّ أوّلَ مُحَرَّمات النّكاحِ فيمَنِ استَلْحَقَ زوجةَ ولَدِه بل أولى وحينئذٍ يأتي هنا ما مَرَّ ثمّ إنّه وطَلَّقَ بعدَ الإقرارِ أو أخذَ به مُطْلَقًا فلا تَحِلُّ له بعدُ ثمّ رأيت الزّركشيَّ قال استَفَدْنا من قولِه حَرُمَ تَناكُحُهما تأثيرَه بالنّسبةِ لِلتَّحْريمِ خاصّةً لأنّه الأصلُ في الأبضاعِ أمّا المحرَميّةُ فلا تَثْبُتُ عَمَلًا بالاحتياطِ في كِليهِما ولم أرَه منقولًا انتهى وما ذكرَهُ من ثُبوت التحريمِ على المُقِرِّ دون محرَميَّته واضِحٌ وهو غيرُ ما ذكرْته لَكِنّه يُؤَيِّدُ قولي بل أولى لأنّ الإقرارَ المُثبِتَ للمحرَميّةِ أيضًا إذا لم يُؤاخَذْ به غيرُ المُصَدِّقِ في بُطْلانِ حَقِّه النّاجِزِ فأولى ما لا يُثبِتُها. (ولو قال زوجانِ) أي باعتبارِ صورةِ الحالِ (بيننا رَضاعٌ مُحَرِّمٌ فُرِّقَ بينهما) عَمَلًا بقولِهما وإنْ قضَت العادةُ بجَهْلِهما بشُروطِ الرّضاعِ المُحَرِّمِ كما شَمَلَه إطلاقُهم ويوَجَّه بأنّه قد يستَنِدُ في قولِه ذلك إلى عارِفٍ أخبَرَه به.

(تنبيهٌ) قضيّةُ صَنيعِ المتنِ أنّ الإقرارَ قبلَ النّكاحِ لا يُشْتَرَطُ فيه تقييدُ الرّضاعِ بكونِه مُحَرِّمًا بخلافِه بعدَه.وله وجهٌ لِتأكُّدِه وقضيّةُ عبارةِ بعضِهم أنّه لا بُدَّ منه فيهما وبعضُهم أنّه لا يُشْتَرَطُ فيهما وهو الذي يُتَّجه حملًا لِلرَّضاعِ المُطْلَقِ على المُحَرِّمِ.

وسَقَطَ المُسَمَّى ووَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ إنْ وطِئَ، وإن ادَّعَى رَضاعًا فأنْكَرَت انْفَسَخَ، ولها المُسَمَّى إنْ وطِئَ وإلّا فَنِصْفُه، وإن ادَّعَتْه فأنْكَرَ صَدَقَ بيَمينِه إنْ زوِّجَتْ برِضاها وإلّا فالأصَحُّ تَصْديقُها ومَهْرُ مِثْلٍ إنْ وطِئَ، وإلّا فلا شَيْءَ لَها، وَيُحلَّفُ مُنْكِرُ رَضاعٍ على نَفْيِ عِلْمِه، ومُدَّعيه على بَتٍّ، ويَثْبُتُ بشَهادةِ رَجُلَيْنِ أو رَجُلٍ وامرأتَيْنِ، وبأربَعِ نِسْوةٍ، والإقْرارُ به شَرْطُه رَجُلانِ، وَتُقْبلُ شَهادةُ المُرْضِعةِ إنْ لم تَطْلُبْ أُجْرةً، ولا ذَكَرَتْ فِعْلَها، ....

(وسَقَطَ المُسَمَّى) لِتَبَيُّنِ فسادِ النّكاحِ (ووَجَبَ مهرُ مثلٍ إنْ وطِئَ) لِلشُّبْهةِ ومن ثَمَّ لو مَكَّنَتْه عالِمةً مختارةً لم يجبْ لها شيءٌ لأنّها زانيةٌ. (وإن ادَّعَى) الزوجُ (رَضاعًا) مُحَرِّمًا (فأنكرتْ) الزوجةُ (انفَسَخَ) لإقرارِه (ولها المُسَمَّى) إنْ صَحَّ وإلا فمهرُ المثلِ (إنْ وطِئَ وإلا) يَطَأْ (فنصفُه) لأنّ الفُرْقةَ منه ولا يُقْبَلُ قولُه عليها فيه نعم، له تَحْليفُها قبلَ وطْءٍ وكذا بعدَه إنْ زاد المُسَمَّى على مهرِ المثلِ فإنْ نكلَتْ حَلَفَ ولَزِمَه مهرُ المثلِ بعدَ الوطءِ ولم يلزمْه شيءٌ قبله هذا في غيرِ مُفَوَّضةٍ رَشيدةٍ أمّا هي فليس لها إلا المُتْعةُ على ما حُكِيَ عن نصِّ الأُمِّ (وإن ادَّعَتْه) أي الزوجةُ الرَّضاعَ المُحَرِّمَ (فأنكر) هـ الزوجُ (صُدِّقَ بيَمينِه إنْ زوِّجَتْ) منه (برِضاها) به بأنْ عَيَّنَتْه في إذْنِها لِتَضَمُّنِه إقرارَها بحِلِّها له (وإلا) تَزَوَّجَ برِضاها بل إجبارٌ أو أذِنَتْ من غيرِ تعيينِ زوجٍ (فالأصحُّ تصديقُها) بيَمينِها ما لم تُمَكِّنْه من وطْئِها مختارةً لاحتمالِ ما تَدَّعيه ولم يسبِقْ منها ما يُناقِضُه فأشبَهَ ما لو ذكرَتْه قبلَ النّكاحِ ويظهرُ أنّ تمكينَها في نحوِ ظُلْمةٍ مانِعةٍ من رُؤْيَته كلا تمكينٍ وإقرارِ أمةٍ برَضاعٍ بينها وبين سيِّدِها قبلَ أنْ تُمَكِّنَه أو وبين مَنْ لم يملكْها مُحَرِّمٌ كالزوجةِ (و) لها (مهرُ مثلٍ إنْ وطِئَ) ولم تكن عالِمةً مختارةً حينئذٍ وإلا فزانيةٌ كما مَرَّ لا المُسَمَّى لإقرارِها بأنّها لا تَستَحِقُّ نعم، إنْ كانت قبضتْه لم تَستَرِدَّه لِزَعْمِه أنّه لها والورَعُ تَطْليقُ مُدَّعيَته لِتَحِلَّ لِغيرِه يقينًا بفرضِ كذِبِها (وإلا) يَطَأْ (فلا شيءَ لها) لِتَبَيُّنِ فسادِه (ويحلِفُ مُنْكِرُ رَضاعٍ) منهما (على نفيِ علمِه) به لأنّه ينفي فعلَ الغيرِ وفعلُه في الارتضاعِ لَغْوٌ نعم، اليمينُ المرْدودةُ تكونُ على البتِّ لأنّها مُثبِتةٌ.

(و) يحلِفُ (مُدَّعيه على بَتٍّ) لأنّه يُثْبِتُ فعلَ الغيرِ.

(ويثبتُ) الرّضاعُ (بشَهادةِ رجلين) وإنْ تعمَّدَ النّظَرَ لِثَدْيِها لِغيرِ الشّهادةِ وتكَرَّرَ منهما لأنّه صَغيرةٌ وإدْمانُها لا يَضُرُّ بقَيْدِه الآتي أوّلَ الشّهادات (أو رجلٍ وامرأتين وبأربعِ نِسوةٍ) لأنّهنّ يَطَّلِعْنَ عليه غالِبًا كالوِلادةِ ومن ثَمَّ لو كان النّزاعُ في الشُّرْبِ من ظَرْفٍ لم يقبلنَ لأنّ الرِّجالَ يَطَّلِعون عليه غالِبًا نعم، يقبلنَ في أنّ ما في الظّرْفِ لَبَنُ فُلانةَ لأنّ الرِّجالَ لا يَطَّلِعون على الحلْبِ غالِبًا.

(والإقرارُ به شرطُه) أي شرطُ ثُبوته (رجلانِ) لاطِّلاعِ الرِّجالِ عليه غالِبًا ولا يُشتَرَطُ فيه تفصيلُ المُقِرِّ ولو عامّيًّا لأنّ المُقِرَّ يحتاطُ لِنفسِه فلا يُقِرُّ إلا عن تَحْقيقٍ وبه فارَقَ ما يأتي في الشّاهِدِ (وتُقْبلُ شَهادةُ المُرْضِعةِ) مع غيرِها (إنْ لم تَطْلُبْ أُجرةً) عليه وإلا لم تقبل لأنّها حينئذٍ مُتَّهَمةٌ (ولا ذكرَتْ فعلها) بأنْ قالتْ بينهما رَضاعٌ مُحَرَّمٌ وذكرَتْ شُروطَه.

وكذا إنْ ذَكَرَتْ فقالتْ: أرضَعْتُه في الأَصَحِّ، والأَصَحُّ أنّه لا يَكْفي بينهما رَضاعٌ مُحَرِّمٌ، بل يَجِبُ ذِكْرُ وقْتٍ وعَدَدٍ ووُصولِ اللّبَنِ جَوْفَه، ويُعْرَفُ ذلك بمُشاهَدةِ حَلَبٍ وإيجارٍ وازْدِرادٍ أو قَرائِنَ كالتِقام ثَدْيٍ ومَصِّه وحَرَكةِ حَلْقِه بتَجَرُّعٍ وازْدِرادٍ بعد عِلْمِه بأنّها لَبونٌ خاتِمةٌ: لو شَهِدَ الشّاهِدُ بالرّضاعِ وماتَ قبلَ تَفْصيلِ شَهادَتِه تَوَقَّفَ القاضي وُجوبًا في أحَدِ وجْهَيْنِ هو المُتَّجِه، وقال شَيْخُنا: إنّه الأَقْرَبُ، والإقْرارُ بالرّضاعِ لا يُشْتَرَطُ فيه التّعَرُّضُ لِلشُّروطِ مِن الفقيه الموْثوقِ بمَعْرِفَتِه دونَ غيرِه كما استَحْسَنَه الرّافِعيُّ، وفَرَّقَ بين الشّهادةِ والإقْرارِ بأنّ المُقِرَّ يَحْتاطُ لِنفسِه فلا يُقِرُّ إلّا عن تَحْقيقٍ، ولو شَهِدَت امرأةٌ واحِدةٌ أو اثْنَتانِ بالرّضاعِ استُحِبَّ لِلزّوْجِ أنْ يُطَلِّقَها ويُكْرَه له المُقامُ معها، ويُسَنُّ أنْ يُعْطيَ المُرْضِعةَ شَيْئًا عندَ الفِصالِ والأَوْلَى عندَ أوانِه، فإنْ كانتْ مَملوكةً استُحِبَّ لِلرَّضيعِ بعد كمالِه أنْ يُعْتِقَها ؛ لأنها صارَتْ أُمًّا لَه، ولَنْ يُجْزِئَ ولَدٌ والِدَه إلّا بإعْتاقِه كما ورَدَ به الخبَرُ.

(وكذا) تُقْبَلُ (إنْ ذكرَتْ)ه (فقالتْ أرضَعْته) أو أرضَعْتها وذكرَتْ شُروطَه (في الأصحّ) إذْ لا تُهْمةَ أنّ فعلها غيرُ مقصودٍ بالإثبات إذِ العبرةُ بوُصولِ اللّبَنِ لِجوْفِه ولا نَظَرَ إلى إثبات المحرَميّةِ لأنّه غَرَ ـافِهٌ لا يُقصَدُ كما تُقْبَلُ الشّهادةُ بعتقٍ أو طلاقٍ وإن استَفادَ بها الشّاهِدُ حِلَّ المنْكوحةِ بخلافِ شَه ـالمرأةِ بولادَتِها لِظُهورِ التُّهْمةِ بجَرِّها لِنفسِها حَقَّ النّفَقة والإرثِ وسُقوطِ القوَدِ (والأصحُ أنّه لا يكف ـولُ الشّاهِدِ بالرّضاعِ (بينهما رَضاعٌ مُحَرِّمٌ بل يجبُ ذِكْرُ وقتٍ وعددٍ) كخمسِ رَضَعاتٍ مُتفرِّقاتٍ ـلحياةِ بعدَ التسعِ وقبلَ الحوْلينِ لاختلافِ العُلَماءِ في ذلك نعم، إنْ كان الشّاهِدُ فقيهًا يوثَقُ بمعرِ ـرِفقْهِه موافِقًا للقاضي المُقَلِّدِ في شُروطِ التحريم وحَقيقةِ الرّضْعةِ اكتَفى منه بإطلاقِ كونِه مُحَرِّمًا ع ـا يأتي بما فيه في الشّهادات ومع ذِكْرِ الشُّروطِ لا يحتاجُ لِقولِه مُحَرِّمٌ خلافًا لِما قد يوهِمُه الم (ووُصولِ اللّبَنِ جوْفَه) في كلِّ رَضْعةٍ كما يجبُ ذِكْرُ الإيلاجِ في الزّنا.

(ويُعْرَفُ ذلك) أي وُصولُه للجوْفِ وإنْ لم يُشاهَدْ (بمُشاهَدةِ حَلَبٍ) بفتحِ لامِه كما بخَطِّه و ـللّبَنُ المحلوبُ أو بسُكونِها كما قاله غيرُه قيلَ وهو المُتَّجه انتهى وفيه نَظَرٌ للعلمِ المُرادِ من قولِه عَ (وإيجارٍ وازْدِرادٍ أو قرائِنَ كالتقام ثَدْيٍ ومَصِّه وحَرَكةِ حَلْقِه بتَجَرُّعٍ وازْدِرادٍ بعدَ علمِه أنّها لَبونٌ) أي أنّ ـثَدْيِها حالةَ الإرضاعِ أو قبيله لَبَنًا لأنّ مُشاهَدةَ هذه قد تُفيدُ اليقين أو الظّنّ القويَّ ولا يذكرُها ـلشّهادةِ بل يَجْزِمُ بها اعتمادًا عليها أمّا إذا لم يعلم أنّها ذاتُ لَبَنٍ حينئذٍ فلا تَحِلُّ له الشّهادةُ لأنّ الأ ـعدمُ اللّبَنِ.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب النّفقاتِ

على موسِرٍ لِزَوْجَتِه كُلَّ يَوْمٍ مُدّا طَعامٍ، ومُعْسِرٍ مُدٌّ، ومُتَوَسِّطٍ مُدٌّ ونِصْفٌ، ....

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتابُ النّفقات

وما يُذْكرُ معها وأُخِّرَتْ إلى هنا لِوجوبِها في النّكاح وبعدَه وجُمِعَتْ لِتعدُّدِ أسبابِها الأتيةِ النّكاحُ والقرابةُ والملكُ وأورِدَ عليها أسبابٌ أُخَرُ ولا تُرَدُّ لأنَّ بعضَها خاصٌّ وبعضَها ضعيفٌ من الإنفاقِ وهو الإخراجُ ولا يُستعمَلُ إلا في الخيرِ كما مَرَّ والأصلُ فيها الكِتابُ والسُّنّةُ والإجماعُ وبَدَأ بنفقةِ الزوجةِ لأنّها أقوى لِكونِها مُعاوَضةً في مُقابَلةِ التمكينِ من التّمتُّعِ ولا تسقطُ بمُضيِّ الزّمانِ فقال (على موسِرٍ) حُرٍّ كلُّه (لِزوجَته) ولو أمةً وكافِرةً ومَريضةً (كلَّ يوم) بليلَته المُتأخِّرةِ عنه أي من طُلوعِ فجْرِه ولا يُنافيه ما يأتي عن الإسنَويِّ فيما لو حَصَلَ التمكينُ عندَ الغُروبِ لأنّ المُرادَ منه كما هو ظاهرٌ أنّه يجبُ لها قِسطُ ما بَقِيَ من غُروبِ تلك اللّيْلةِ إلى الفجْرِ دون ما مَضى من الفجْرِ إلى الغُروبِ ثمّ تَستقِرُّ بعدَ ذلك من الفجْرِ دائِمًا. وما يأتي عن البُلْقينيِّ أنّه لا يجبُ القِسطُ مُطْلَقًا ضعيفٌ وإنْ كان في كلام الزّركشيّ ما قد يوافِقُه (مُدّا طَعام ومُعْسِرٍ) ومنه كسوبٌ وإنْ قدَّرَ زَمَنَ كسبه على مالٍ واسِعٍ، ومُكاتَبٌ وإنْ أيسَرَ لِضَعْفِ ملكِه وكذا مُبَعَّضٌ على المعتمدِ لِنَقْصِه وإنّما جُعِلَ موسِرًا في الكفّارةِ بالنّسبةِ لِوجوبِ الإطعامِ لأنّ مَبناها على التّغْليظِ أي ولأنّ النّظَرَ للإعسارِ فيها يُسقِطُها من أصلِها ولا كذلك هنا وفي نفقةِ القَريبِ احتياطًا له لِشِدّةِ لُصوقِه وصِلةً لِرَحِمِه (مُدٌّ ومُتَوَسِّطٍ مُدٌّ ونصفٌ) ولو لِرَفيعةٍ أمّا أصلُ التّفاوُت فلِقولِه تعالى ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق:٧].

وأمّا ذلك التقديرُ فبالقياسِ على الكفّارةِ بجامِعِ أنّ كلًّا مالٌ يجبُ بالشرعِ ويستَقِرُّ في الذّمّةِ وأكثرُ ما وجَبَ فيها لِكلِّ مِسكينٍ مُدّانِ ككفّارةِ نحوِ الحلْقِ في النُّسُكِ وأقلُّ ما وجَبَ له مُدٌّ في كفّارةِ نحوِ اليمينِ والظِّهارِ وهو يَكْتَفي به الزّهيدُ وينتَفِعُ به الرّغيبُ فلَزِمَ الموسِرُ الأكثرَ والمُعْسِرُ الأقلَّ والمُتَوَسِّطُ ما بينهما وإنّما لم يُعْتَبَرْ شَرَفُ المرأةِ وضِدُّه لأنّها لا تُعَيَّرُ بذلك ولا الكِفايةُ كنفقةِ القريبِ لأنّها تجبُ للمَريضةِ والشّبْعانةِ نعم، الظّاهرُ خبرُ هِنْدٍ «خُذي ما يكفيك وولدك بالمعروفِ»[1] أنّها مُقَدَّرةٌ بالكِفايةِ واختارَه جمعٌ من جِهةِ الدّليلِ وبَسَطوا القولَ فيه وقد يُجابُ عن الخبرِ بأنّه لم يُقَدِّرْها فيه بالكِفايةِ فقط بل بها بحسبِ المعروفِ وحينئذٍ فما ذكروه.

---

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

والمُدُّ مِائةٌ وثَلاثةٌ وسَبْعونَ دِرْهَمًا وثُلُثُ دِرْهَم. قُلْت: الأَصَحُّ مِائةٌ وأَحَدٌ وسَبْعونَ وثَلاثةُ أَسْباعِ دِرْهَم، واللّٰه أَعْلَمُ. ومِسْكينُ الزّكاةِ مُعْسِرٌ، ومَنْ فَوْقَه إنْ كان لو كُلِّفَ مُدَّيْنِ رجع مِسْكينًا فَمُتَوَسِّطٌ، وإلّا فَموسِرٌ. والواجِبُ غالِبُ قوتِ البَلَدِ قُلْت: فإن اخْتَلَفَ وجَبَ لائِقٌ به، ويُعْتَبَرُ اليسارُ وغيرُه طُلوعَ الفجْرِ واللّٰه أَعْلَمُ، ....

وهو المعروفُ المُستَقِرُّ كما هو ظاهرٌ ولو فُتِحَ بابُ الكِفايةِ لِلنّساءِ الواجِبِ من غيرِ تقديرٍ لِوُقوعِ التّنازُعِ-لا إلى غايةٍ فتعيَّنَ ذلك التقديرُ اللّائِقُ بالعُرْفِ الشّاهِدُ له تَصَرُّفُ الشّارِعِ كما تقرّر فاتَّضَحَ ما قالوه واندَفع قولُ الأذرَعيِّ لا أعرِفُ لإمامِنا رَضِيَ اللّٰه عَنْه سلَفًا في التقديرِ بالإمدادِ ولولا الأدَبُ لَقُلْت الصّوابُ إنّها بالمعروفِ تأسّيًا واتّباعًا ومِمّا يُرَدُّ عليه أيضًا أنّها في مُقابَلةٍ وهي تقضي التقديرَ فتعيَّنَ وأمّا تعيُّنَ الحبُّ فلأنّها أخذَتْ شَبَهًا من الكفّارةِ من حيثُ كونُ كلٍّ منهما في مُقابِلٍ وتَفاوَتوا في القدرِ لأنّا وجَدْنا ذَوي النُّسُكِ مُتَفاوِتين فيه فألحَقْنا ما هنا بذلك في أصلِ التقديرِ وإذا ثَبَتَ أصلُه تعيَّنَ استنباطُ معنًى يوجِبُ التّفاوُتَ وهو ما تقرّر فتأمّلْه (والمُدُّ) والأصلُ في اعتبارِه الكيْلَ وإنّما ذكروا الوزْنَ استظْهارًا أو إذا وافَقَ الكيْلَ كما مَرَّ ثمّ الوزْنَ اختلفوا فيه فقال الرّافِعيُّ إنّه (مِائةٌ وثلاثةٌ وسَبْعون دِرْهَمًا وثُلُثُ دِرْهَم) بناءً على ما مَرَّ عنه في رَطْلِ بَغْدادَ.

(قُلت الأصحُّ مِائةٌ وأحدٌ وسَبْعون) دِرْهَمًا (وثلاثةُ أسباعِ) دِرْهَم (واللّٰه أعلمُ) بناءً على الأصحِّ السّابِقِ فيه (ومِسكينُ الزكاةِ) المارُّ ضابِطُه في بابِ قِسمِ الصّدَقاتِ (مُعسِرٌ) قيلَ هي عبارةٌ مقلوبةٌ وصَوابُها والمُعْسِرُ هو مِسكينُ الزّكاةِ انتهى وليس في مَحَلِّه ومِمّا يَبْطُلُ حَصْرُه ما مَرَّ أنّ ذا الكسبِ الواسِعِ مُعْسِرٌ هنا وليس مِسكينُ زكاةٍ فتعيَّنَ ما عَبَّرَ به المتنُ لِئَلّا يُرَدَّ عليه ذلك ثمّ السّياقُ قاضٍ بأنّ المُرادَ مُعْسِرٌ هنا وكان وجه الفرقِ بينهما في مُتَّسَعِ الكسبِ العمَلَ بالعُرْفِ في البابَين فإنّ أصحابَ الاكتسابِ الواسِعةِ لا يُعْطَوْنَ زكاةً أصلاً ويُعَدّون مُعْسِرين لِعدمِ مالٍ بأيديهم (ومن فوقِه) في التّوَسُّعِ بأنْ كان له ما يكفيه من المالِ لا الكسبِ (إنْ كان لو كلِّفَ مَدينْ) كلَّ يومٍ لِزوجَته (رجع مِسكينًا فمُتَوَسِّطٌ وإلا) يرجِعْ مِسكينًا لو كلِّفَ ذلك (فموسِرٌ) ويختلِفُ ذلك بالرُّخْصِ والغلاءِ زاد في المطْلَبِ وقِلّةُ العيالِ وكثرَتُها حتى أنّ الشّخْصَ الواحدَ قد يلزمُه لِزوجَته نفقةُ موسِرٍ ولا يلزمُه لو تعدَّدَتْ إلا نفقةُ مُتَوَسِّطٍ أو مُعْسِرٍ لكن استبعده الأذرَعيُّ وغيرُه واعتَرَضَ هذا الضّابِطَ بما فيه نَظَرٌ فاعلمه.

(والواجِبُ غالِبُ قوت البلَدِ) أي مَحَلُّ الزوجةِ من بُرٍّ أو غيرِه كأقِطٍ كالفطرةِ وإنْ لم يَلُقَ بها ولا ألِفَتْه إذْ لها إبدالُه (قُلت فإن اختلف) غالِبًا قوتُ مَحَلِّها أو أصلُ قوته بأنْ لم يكن فيه غالِبٌ (وجَبَ لائِقٌ به) أي بيَسارِه أو ضِدِّه ولا عبرةَ بما يتناوَلُه توسيعًا أو بُخْلاً مثلاً (ويُعْتَبَرُ اليسارُ وغيرُه) من التّوَسُّطِ والإعسارِ (وطُلوعُ الفجرِ) إنْ كانت ممكنةً حينئذٍ (واللّٰه أعلمُ) لأنّها تحتاجُ إلى طَحْنِه وعَجْنِه وخَبْزِه ويلزمُه الأداءُ عَقِبَ طُلوعِه إنْ قدَرَ بلا مَشَقّة لَكِنّه لا يُخاصِمُ فإنْ شُقَّ عليه فله التّأخيرُ كالعادةِ أمّا الممكنةُ بعدَه فيُعْتَبَرُ حالُه عَقِبَ التمكينِ ويأتي أنّ مَنْ أرادَ سفَرًا يُكلَّفُ طلاقَها أو توكيلَ مَنْ يُنْفِقُ

وعليه تَمليكُها حَبًّا، وكذا طَحْنُه وخَبْزُه في الأصحِّ. ولو طَلَبَ أحَدُهما بَدَلَ الحبِّ لم يُجْبَر المُمتنِعُ، فإن اعْتاضَتْ جازَ في الأَصَحِّ، إلّا خُبْزًا أو دَقيقًا على المذْهَبِ.
ولو أَكَلْت معه على العادةِ سَقَطَتْ نَفَقَتُها ....

عليها من مالٍ حاضِرٍ (و) الواجبُ (عليه تمليكُها) يعني أنْ يدفع إليها إنْ كانت كامِلةً وإلا فلِوَليِّها أو سيِّدِ غيرِ المُكاتبةِ ولو مع سُكوت الدّافِعِ والأخذِ (حَبًّا) سليمًا إنْ كان واجبُه كالكفّارةِ ولأنّه أكمَلُ في النّفْعِ فتتصرَّفُ فيه كيف شاءَتْ لا خُبْزًا أو دَقيقًا مثلًا (وكذا) عليه بنفسِه أو نائِبه وإن اعتادَتْ تَوَلّيَ ذلك بنفسِها على الأوجَه (طَحْنُه) وعَجْنُه (وخَبْزُه في الأصحِّ) وإنْ أطال جمعٌ في استشكالِه وترجيحِ مُقابِلِه لأنّها في حَبْسِه وبهذا فارَقت الكفّارةُ حتى لو باعَتْه أو أكلَتْه حَبًّا استحَقَّتْ مُؤَنَ ذلك كما مال إليه الغزاليُّ ومَيْلُ الرّافِعيِّ إلى خلافِه. ويوَجَّه الأوّلُ بأنّه بطُلوعِ الفجْرِ تَلْزَمُه تلك المُؤَنُ فلم تسقطْ بما فعلَتْه وكذا عليه مُؤْنةُ اللّحْم وما يُطْبَخُ به أي وإنْ أكلَتْه نيئًا أخذًا مِمّا ذُكِرَ. (ولو طلب أحدُهما بَدَلَ الحبِّ) مثلًا من نحوِ دَقيقٍ أو قيمةٍ بأنْ طلبتْه هي أو بَذَله هو فذِكْرُ الطّلَبِ فيه لِلتّغْليبِ أو لِكونِه بَذْله مُتَضَمِّنًا لِطَلَبِه منها قبولَ ما بَذَله (لم يُجبَر المُمْتَنِعُ) لأنّه اعتياضٌ وشرطُه التّراضي (فإن اعتاضَتْ) عن واجبِها نَقْدًا أو عَرَضًا من الزوجِ أو غيرِه بناءً على الأصحِّ أنّه يَجوزُ بيعُ الدّينِ لِغيرِ مَنْ عليه (جازَ في الأصحِّ) كالقرْضِ بجامِعِ استقرارِ كلٍّ في الذّمّةِ لِمُعَيَّنٍ فخرج بالاستقرارِ المُسلَمُ فيه والنّفَقة المُستقبَلةُ كما جَزَما به ونَقَله غيرُهما عن الأصحابِ لأنّها مُعَرَّضةٌ لِلسُّقوطِ وقضيّتُه جَرَيانُ ذلك في نفقةِ اليوم قبلَ مُضيِّه لِما يأتي أنّها لو نَشَزَتْ فيه أو في ليلَته الآتيةِ سقَطَتْ نفقتُه وبحث جوازَ أخذِه استيفاءً لأنَّ لها أنْ ترضى بغيرِه ما لها عندَ المُشاحةِ لا اعتياضًا فيه نَظَرٌ ظاهرٌ بل لا يصحُّ لأنّ الفرضَ أنّها إلى الآنَ لم تَستقِرَّ فأيُّ شيءٍ تَستوفيه حينئذٍ فما عَلَّلَ به الاستيفاءَ لا يُنْتِجه كما هو ظاهرٌ وإنّما جازَ لها التّصرُّفُ فيما قبضتْه وإن احتُمِلَ سُقوطُه لأنّ ذلك لا يمنعُه نظيرَ ما مَرَّ في الأُجرةِ وغيرِها وبالمُعَيَّنِ الكفّاراتُ وما في الكِفايةِ من تصحيحِ الاعتياضِ عن المُستقبَلة ضعيفٌ وإنْ سبقَه إلى نحوِه ابنِ كجٍّ وغيرُه حيثُ قالا للقاضي أنْ يَفرِضَ لها دَراهِمَ عن الخُبْزِ والأُدْمِ وتَوابِعِهما وصرّح الشيخانِ بجوازِ الاعتياضِ عن الصّداقِ إذا كان دَيْنًا فما وقَعَ لِلزّرْكشيِّ هنا من بَحْثِه امتناعُه أخذًا من فتاوَى ابنِ الصّلاحِ وقولُه لم يَتعرَّضوا له وهْمٌ ويجبُ قبضُ ما تعوَّضَتْه عن نفقةٍ وغيرِها لِئَلّا يَصيرَ بيعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ كذا نُقِلَ عن الزّبيليِّ ويَتعيَّنُ حملُه على الرِّبَويِّ أمّا غيرُه فيكفي تعيينُه في المجلِسِ كما مَرَّ في بابِ المبيعِ قبلَ قبضِه (إلا خُبْزًا ودَقيقًا) ونحوُهما فلا يَجوزُ أنْ تَتعوَّضَه عن الحبِّ الموافِقِ له جنسًا (على المذهبِ) لأنّه رِبًا ونَقَلَ الأذرَعيُّ مُقابِله عن كثيرين ثمّ حَمَلَ الأوّلَ على ما إذا وقَعَ اعتياضٌ بعقدٍ والثاني على ما إذا كان مُجَرَّدَ استيفاءٍ قال وهو المختارُ وعليه العمَلُ قديمًا وحديثًا ويُؤَيِّدُه قولُهم.

(ولو أكلَتْ) مختارةً عندَه (معه كالعادةِ) أو وحدَها أو أرسَلَ إليها الطّعامَ فأكلَتْه بحَضْرَته أو غَيْبَته بل قال شارِحٌ أو أضافَها رجلٌ إكْرامًا له (سقَطَتْ نفقتُها) إنْ أكلَتْ قدرَ الكِفايةِ وإلا رجعتْ بالتّفاوُت كما

في الأَصَحِّ. قُلْت: إلّا أنْ تَكونَ غيرَ رَشيدةٍ ولم يأْذَنْ وليُّها، واللَّه أعْلمُ.
وَيَجِبُ أُدْمُ غالِبِ البلَدِ كَزَيْتٍ وسَمنٍ وجُبنٍ وتَمرٍ، ويَخْتَلِفُ بالفُصولِ، ....

رجحه الزّركشيُّ وقَطَعَ به ابنُ العِمادِ قال وتُصدَّقُ هي في قدرِ ما أكلَتْه لأنّ الأصلَ عدمُ قبضِها لِلزّائِدِ (في الأصحّ) لإطباقِ النّاسِ عليه في زَمَنِه ﷺ وبعدَه ولم يُنْقَلْ خلافُه ولا أنّه ﷺ بَيّنَ أنّ لهنّ الرُّجوعَ ولا قضاه من تَرِكةِ مَنْ مات وقضيّةُ كلامِ الرّافِعيِّ أنّه على المُقابِلِ لا يرجعُ عليها قال البُلْقينيُّ ولم يَقُلْ به أحدٌ بل يتحاسَبانِ ويُؤدّي كلٌّ ما عليه قيلَ لِلشّافِعيِّ الحكمُ برِضاها بالأكلِ معه لأنّه ليس فيه حكمٌ بنفقةٍ مُستقبَلةٍ ومن ثَمَّ جازَ لها الرُّجوعُ عنه انتهى وفيه نَظَرٌ إذْ لا مُسَوِّغَ ولا فائِدةَ لهذا الحكمِ فهو بالعبَثِ أشبَه نعم، إنْ كان هناك مُخالِفٌ يمنعُه ذلك الحكمُ اتُّجه تنفيذُه لِذلك (قُلت إلا أنْ تكونَ) قِنّةً أو (غيرَ رَشيدةٍ) لِصِغَرٍ أو جُنونٍ أو سفَهٍ وقد حُجِرَ عليها بأن استَمَرَّ سفَهُها المُقارِنُ للبُلوغِ وطَرَأَ حَجْرٌ عليها وإلا لم يحتجْ لإذْنِ الوليِّ (ولم يأذَنْ) سيِّدُها المُطْلَقُ التّصرُّفُ وإلا فوَليُّه أو (وليُّها) في أكلِها معه فلا تسقطُ قطعًا لأنّه مُتبَرِّعٌ (واللَّه أعلمُ) واستَشْكلَ بإطباقِ السّلَفِ السّابِقِ إذْ ليس فيه استفْصالٌ ويُرَدُّ بأنّ غايته أنّه كالوقائِعِ الفعليّةِ وهي تسقطُ بالاحتمالات فاندَفع أخذُ البُلْقينيِّ بقضيّته من سُقوطِها بأكلِها معه مُطْلَقًا واكتَفى بإذْنِ الوليِّ مع أنّ قبضَ غيرِ المُكلَّفة لَغْوٌ لأنّ الزوجَ بإذْنِه يَصيرُ كالوكيلِ في الإنفاقِ عليها وظاهرٌ أنّ مَحلَّه إنْ كان لها فيه حَظٌّ وإلا لم يُعْتَدَّ بإذْنِه فيرجعُ عليه بما هو مُقَدَّرٌ لها ولو قالتْ له قصَدْت بإطعامي التّبَرُّعَ فنفقتي باقيةٌ فقال بل قصَدْت النّفَقة صُدِّقَ بلا يَمينٍ على ما في الاستقصاءِ والقياسُ وجوبُها.

(ويجبُ) لها (أُدْمُ غالِبِ البلَدِ) أي مَحلِّ الزوجةِ نظيرَ ما مَرَّ في القوت ومن ثَمَّ يأتي هنا ما مَرَّ في اختلافِ الغالِبِ ولم يُعْتَبَرْ ما يتناوَلُه الزوجُ (كزَيتٍ) بَدَأ به لِخبرِ أحمَدَ والترمذيِّ وغيرِهما كالحاكِمِ وصَحّحَه على شرطِهما: «كلوا الزّيتَ وأدْهِنوا به فإنّه من شَجَرةٍ مُبارَكةٍ»[1] وفي لفظٍ «فإنّه طَيِّبٌ مُبارَكٌ». وفي آخرَ «فإنّه مُبارَكٌ» (وسَمْنٍ وجُبنٍ وتمرٍ) وخَلٍّ لأنّه من المُعاشَرةِ بالمعروفِ المأمورِ بها إذِ الطّعامُ لا ينساغُ غالِبًا إلا به ويظهرُ أنّ الواوَ هنا لِبَيانِ أنواعِ الأُدْمِ فلا يَرِدُ عليه أنّه يوهِمُ وجوبَ الجمعِ بين المذكورات على أنّه لا يَبْعُدُ وجوبُه إذا اعْتيدَ كما هو قياسُ كلامِهم الآتي وبحث الأذرَعيُّ أنّه إذا كان القوتُ نحوَ لَحمٍ أو لَبَنٍ اكتُفيَ به في حَقِّ مَنْ يُعتادُ اقْتياتُه وحدَه ويجبُ لها أيضًا المشروبُ كما أفْهَمَه قولُه الآتي آلاتُ أكلٍ وشُرْبٍ وبحث الزّركشيُّ وغيرُه أنّه يُقَدَّرُ بالكِفايةِ وأنّه إمتاعٌ لا تمليكٌ فيسقُطُ بمُضيِّ المُدّةِ وكان وجهُه أنّه لا تُمْكِنُ معرفة قدرِه بالنّسبةِ لها ولا للخارِجِ فاستَحالَ وجوبُه بمُضيِّ الزّمانِ ويلزمُ من عدمِه به كونُه إمتاعًا لا تمليكًا ومنه يُؤْخَذُ أنّ ماءَ طُهْرِها أو ثمنَه على ما يأتي اللّازِمُ له تمليكٌ لأنّه يُمْكِنُ تقديرُه كالكِسوةِ. (ويختلفُ) الأُدْمُ (بالفُصولِ) الأربَعةِ فيجبُ في كلِّ

---

(١) [حسن لغيره] أخرجه: الترمذي في (الجامع) [رقم/ ١٨٥١]، وغيره من حديث: عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
قلتُ: حديث حسن لغيره. ينظر: (صحيح الترغيب والترهيب) للألباني [رقم/ ٢١٢٧].

ويُقَدِّرُه قاضٍ باجْتِهادِه، ويُفاوِتُ بين موسِرٍ وغيرِه، ولَحْمٌ يَليقُ بيَسارِه وإعْسارِه كَعادةِ البلَدِ، ولو كانتْ تأكُلُ الخُبْزَ وحْدَه وجَبَ الأُدْمُ. وَكِسْوةٌ ....

فصلٍ ما يعتادُه النّاسُ فيه حتى الفواكِه فيكفي عن الأُدْمِ على ما اقتضاه كلامُهما وبحث الأذرَعيُّ الرُّجوعَ فيه للعُرْفِ وأنّه يجبُ من الأُدْمِ ما يَليقُ بالقوت بخلافِ نحوِ خَلٍّ لِمَنْ قوتُها التمرُ وجُبنٍ لِمَنْ قوتُها الأقِطُ (ويُقَدِّرُه) كاللّحم الآتي (قاضٍ باجتهادِه) عندَ تَنازُعِهما إذْ لا توقيفَ فيه (ويُفاوِتُ) فيه قدرًا وجنسًا (بين موسِرٍ وغيرِه) فيُفْرَضُ ما يَليقُ بحالِه وبالمُدِّ أو المُدَّين أو المُدِّ والنّصفِ وتقديرُ الشافعيِّ بمَكيلةِ سمْنٍ أو زَيْتٍ حَمَلوه على التقريبِ وهي أوقيّةٌ قال جمعٌ أي حِجازيّةٌ وهي أربَعون دِرْهَمًا لا بَغْداديّةٌ وهي نحوُ اثنيْ عَشَرَ لأنّها لا تُغْني عنها شيئًا ونصَّ على الدُّهْنِ لأنّه أكمَلُ الأُدْمِ وأخفُّه مُؤْنةً ولو تَبَرَّمت بجنسِ أُدْمٍ فُرِضَ لها لم يُبَدَّلْ لِرَشيدةٍ إذْ لها إبدالُه بغيرِه وصَرْفُه للقوت وعكسُه وقيلَ له مَنْعُها من إبدالِ الأشرَفِ بالأخسِّ ويَتعيَّنُ ترجيحُه إنْ أدّى ذلك الإبدالُ إلى نَقْصِ تَمَتُّعِه بها كما يُؤْخَذُ مِمّا يأتي آخِرَ الفصلِ ويُعْلَمُ مِمّا ذُكِرَ أنّ له مَنْعَها من تركِ التّأدُّمِ بالأولى أمّا غيرُ رَشيدةٍ ليس لها مَنْ يقومُ بإبدالِه فيُبَدِّلُه لها الزوجُ وبحث الأذرَعيُّ أنّه يجبُ لها سِراجُ أوّلِ اللّيْلِ في البُنْيانِ ولها أنْ تصرِفَه لِغيرِ السِّراجِ والذي يُتَّجه إناطةُ ذلك بعُرْفِ مَحَلِّها.

(و) يجبُ لها (لَحْمٌ) ويُقَدِّرُه قاضٍ عندَ تنازُعِهما باجتهادِه مُعتَبَرًا في قدرِه وجنسِه وزَمَنِه ما (يَليقُ بيَسارِه وإعسارِه) وتَوَسُّطِه (كعادةِ البلَدِ) أي مَحَلِّ الزوجِ في أكلِه ونَوْعِه وقدرِه وزَمَنِه كما هو ظاهرٌ ولا يتقَدَّرُ بشيءٍ إذْ لا توقيفَ فيه وتقديرُه في النّصِّ برِطْلٍ أي بَغْداديٍّ على المُعْسِرِ في كلِّ أسبوعٍ أي ويومَ الجُمُعةِ أولى لأنّه أولى بالتوسيعِ جَرى على عادةِ أهلِ مِصْرَ لِعِزّةِ اللّحم عندَهم يومئِذٍ ومن ثَمَّ تُعْتَبَرُ عادةُ أهلِ القُرى من عدم تَناوُلِهم له إلا نادِرًا، أو عادةُ أهلِ المُدُنِ رُخْصًا وغَلاءً وقَرَّبَه البغَويّ بقولِه: على موسِرٍ كلَّ يومٍ رِطْلٌ. ومُتَوَسِّطٌ كلَّ يومَين أو ثلاثةٍ، ومُعْسِرٍ كلَّ أسبوعٍ. وقولُ جمعٍ لا يُزادُ على ما مَرَّ عن النّصِّ لأنّ فيه كِفايةً لِمَنْ يقنَعُ ضعيفٌ وبحث الشيخانِ عدمَ وجوبِ أُدْمٍ يومَ اللّحْمِ ولَهما احتمالٌ بوجوبه على الموسِرِ إذا أوجَبنا عليه اللّحْمَ كلَّ يومٍ ليكون أحدُهما غَداءً والآخرُ عِشاءً واعتمد الأذرَعيُّ وغيرُه الأوّلَ وأيَّدَ بخبرِ ابنِ ماجَهْ «سيّدُ أُدْمِ أهلِ الدُّنيا والآخِرةِ اللّحْمُ»(١) فسَمّاه أُدْمًا (ولو كانت تأكلُ الخُبْزَ وحدَه وجَبَ الأُدْمُ) ولم يُنْظَرْ لِعادَتها لِما مَرَّ أنّه من المُعاشَرةِ بالمعروفِ.

(وكِسوةٌ) بضَمِّ أوّلِه وكسرِه معطوفٌ على أُدْمٍ أو على جُمْلةِ ما مَرَّ أوّلَ البابِ أي وعلى زوجٍ بأقسامِه الثلاثةِ كِسوةٌ والأوّلُ أولى وذلك لقوله تعالى ﴿وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولأنّه ﷺ عَدَّها

(١) [ضعيف جدًّا] أخرجه: الطبراني في (المعجم الأوسط) [رقم/ ٧٤٧٧]، والبيهقي في (شعب الإيمان) [رقم/ ٥٩٠٤]، من حديث: بريدة بن الحصيب الأسلمي رضي الله عنه.

قلتُ: حديث ضعيف جدًّا. وينظر: (السلسلة الضعيفة) للألباني [رقم/ ٣٥٧٩].

تَكْفيها، فَيَجِبُ قَميصٌ، وسَراويلُ وخِمارٌ ومِكْعَبٌ، ويَزيدُ في الشِّتاءِ جُبَّةً، وجِنْسُها قُطْنٌ، فإنْ جَرَتْ عادةُ البلَدِ لِمِثْلِه بكَتّانٍ أو حَريرٍ وجَبَ في الأَصَحِّ. ويَجِبُ ما تَقْعُدُ عليه كَزِلّيّةٍ أو لِبْدٍ أو حَصيرٍ، وكذا فِراشٌ لِلنَّوْمِ في الأَصَحِّ، ومِخَدّةٌ ولِحافٌ في الشِّتاءِ.

من حُقوقِ الزوجيّةِ ولأنّ البدَنَ لا يقومُ بدونِها كالقوت ومن ثَمَّ مع كونِ استمتاعِه بكلِّ البدَنِ لم يَكْفِ فيها ما يقعُ عليه الاسمُ إجماعًا بخلافِ الكفّارةِ بل لا بُدَّ أنْ تكون بحيثُ (تكْفيها) بفتحِ أوّلِه بحسبِ بَدَنِها ويظهرُ أنّه لا عبرةَ باعتيادِ أهلِ بَلَدٍ تقصيرِها كثيابِ الرِّجالِ وأنّها لو طلبتْ تَطْويلَها ذِراعًا كما في خبرِ أُمِّ سلَمةَ أي وابتداؤُه من نصفِ ساقِها أُجيبَتْ وإنْ لم يعتَدْه أهلُ بَلَدِها لِما فيه من زائدةِ السِّترِ لها التي حَثَّ عليها الشّارعُ ولِمُشاهَدةِ كِفايةِ البدَنِ المانِعةِ من وُقوعِ التّنازُعِ فيها فلم يحتج إلى تقديرِها بخلافِ النّفقة ويختلفُ عددُها باختلافِ مَحَلِّ الزوجةِ بَرْدًا وحَرًّا ومن ثَمَّ لو اعتادوا ثَوْبًا لِلنّوْم وجَبَ كما جَزَمَ به بعضُهم وجودَتُها وضِدُّها بيَسارِه وضِدُّه (فيجبُ قميصٌ وسَراويلُ) أو ما يقومُ مَقامَه بالنّسبةِ لِعادةِ مَحَلِّها (وخِمارٌ) لِلرَّأسِ أو ما يقومُ مَقامَه كذلك (ومُكعَّبٌ) بضَمٍّ ففتحٍ أو بكسرٍ فسُكونٍ ففتحٍ أو نحوِه يُداسُ فيه إلا إذا لم يعتادوه. وهذه في كلٍّ من فصلي الشّتاءِ والصّيْفِ (ويَزيدُ في الشِّتاءِ) على ذلك في المحَلِّ البارِدِ (جُبّةً) محشوّةً أو نحوَها فأكثرَ بحسبِ الحاجةِ (وجنسُها) أي الكِسوةِ (قُطنٌ) لأنّه لِباسُ أهلِ الدِّينِ وما زاد عليه ترفُّهٌ ورُعونةٌ فعلى موسِرٍ لَيِّنُه ومُعْسِرٍ خَشِنُه، ومُتَوَسِّطٍ مُتَوَسِّطُه.

(فإنْ جَرَتْ عادةُ البلَدِ) أي المحَلِّ الذي هي فيه (لِمثلِه) مع مثلِها فكلٌّ منهما مُعتَبَرٌ هنا (بكتّانٍ أو حَريرٍ وجَبَ) مُفاوِتًا في مَراتبِ ذلك الجنسِ بين الموسِرِ وضِدَّيْه كما تقرّر (في الأصحِّ) عَمَلًا بالعادةِ المُحَكِّمةِ في مثلِ ذلك وأطالَ الأذرَعيُّ في الانتصارِ لِلثّاني وأنّه المذهبُ ولو اعْتيدَ بمَحَلٍّ ليس نَوْعٌ واحدٌ ولو أُدْمًا كفَى أو لُبْسُ ثيابٍ رَفيعةٍ لا تَستُرُ البشَرةَ أُعْطيت من صَفيقٍ يقرُبُ منها ويجبُ تَوابعُ ذلك من نحوِ تكّةِ سراويلَ وكوفيّةٍ وزِرٍّ نحوِ قميصٍ أو جُبّةٍ أو ظاهرٌ أنّ أُجرةَ الخيّاطِ وخيطَه عليه لا عليها نظيرَ ما مَرَّ في نحوِ الطّحْنِ (ويجبُ ما تقعُدُ عليه) ويختلفُ باختلافِ حالِ الزوجِ (كزِلّيّةٍ) على مُتَوَسِّطٍ شِتاءً وصَيْفًا وهي بكسرِ الزّاي وتَشديدِ الياءِ مِضْرَبٌ صَغيرٌ وقيلَ بساطٌ كذلك وكطِنْفِسةٍ بساطٌ صَغيرٌ ثَخينٌ له وبَرةٌ كبيرةٌ وقيلَ كِساءٌ في الشّتاءِ ونَطْعٌ في الصّيْفِ على موسِرٍ قالا ويُشْبِه أنْ يكونا بعدَ بَسطِ زِلّيّةٍ أو حَصيرٍ فإنّهما لا يَبْسُطانِ وحدَهما (أو لُبَدٍ) شِتاءً (أو حَصيرٍ) صَيْفًا على فقيرٍ لاقتضاءِ العُرْفِ ذلك. (وكذا) على كلٍّ منهم مع التّفاوُت بينهم نظيرَ ما تقرّر في فِراشِ النّهارِ (فِراشٌ لِلنّوم) غيرُ فِراشِ النّهارِ (في الأصحِّ) لِذلك فيجبُ مِضْرَبةٌ لَيِّنةٌ أو قطيفة وهي دِثارٌ مخمَلٌ وقولُ البيانِ هذا في امرَأةِ الموسِرِ أمّا زوجةُ غيرِه فيكفيها فِراشُ النّهارِ ضعيفٌ واعتَرَضَ صَنيعُهما هذا بأنّ الموجودَ في كُتُبِ الطّريقين عكسُه من حِكايةِ الخلافِ فيما قبلَ كذا والجزمُ فيما بعدَه (ومِخَدّةٌ) بكسرِ أوّلِه (و) يجبُ لها مع ذلك (لِحافٌ) أو كِساءٌ (في الشّتاءِ) يعني وقتَ البرْدِ ولو في غيرِ الشّتاءِ وما في الروضةِ

وَآلةُ تَنْظيفٍ كَمُشْطٍ، ودُهْنٍ، وما تُغْسَلُ به الرّأسُ، ومَرْتَكٍ ونَحْوِه لِدَفْعِ صُنانٍ، لا كُحْلٍ وخِضابٍ وما تَزَيَّنُ به، ودَواءِ مَرَضٍ، وأُجْرةِ طَبيبٍ وحاجِمٍ. ولها طَعامُ أيّامِ المرَضِ وأُدْمُها والأَصَحُّ وُجوبُ أُجْرةِ حَمّامٍ بحَسَبِ العادةِ، وثَمَنِ ماءِ غُسْلِ جِماعٍ ونِفاسٍ، في الأَصَحِّ

من الوجوبِ في الشِّتاءِ مُطْلَقًا والتقييدُ بالمحَلِّ البارِدِ في غيرِه يُحْمَلُ على الغالِبِ فلا يُنافي ما تقرّر خلافًا لِمَنْ ظَنّه أمّا في غيرِ وقت البرْدِ ولو وقتَ الشِّتاءِ ولو في البِلادِ الحارّةِ فيجبُ لها رِداءٌ أو نحوُه إنْ كانوا مِمَّنْ يعتادون فيه غِطاءً غيرَ لِباسِهم أو يَناموا عَرايا كما هو السُّنّةِ ولا يجبُ تجديدُ هذا كلِّه كالجُبّةِ إلا في وقت تجديدِه عادةً.

(و) يجبُ لها أيضًا (آلةُ تَنظُّفٍ) لِبَدَنِها وثيابِها ويرجعُ في قدرِ ذلك ووقته للعادةِ (كمُشطٍ) قال القفّالُ وخَلّالٌ وبه يُعْلَمُ أنّ السِّواكَ كذلك بالأولى (ودُهنٍ) كزَيْتٍ ولو مُطَيَّبًا اعْتِيدَ ولو لِكلِّ البدَنِ (وما يُغسَلُ به الرّأسُ) عادةً من سِدْرٍ أو نحوِه (ومَرْتك) بفتحِ أوّلِه وكسرِه (ونحوِه) كاسفيذاجٍ وتوتْيا وراسَخْت (لِدَفعِ صُنانٍ) إنْ لم يندَفع بنحوِ رَمادٍ لِتأذّيها ببَقائِه (لا كُحلٍ وخِضابٍ وما يَزينُ) بفتحِ أوّلِه غيرِ ما ذُكِرَ كطيبٍ وعِطْرٍ لأنّه لِزيادةِ التّلَذُّذِ فهو حقُّه فإنْ أرادَه هَيَّأه ولَزِمَها استعمالُه ونَقَلَ الماوَرْدِيُّ أنّه ﷺ (لَعَنَ المرأةَ السّلْتاءَ أي التي لا تختَضِبُ والمرْهاءَ أي التي لا تَكْتَحِلُ) من المرَه بفتحَتَين أي البياضِ ثمّ حَمَله على مَنْ فعلَتْ ذلك حتى يَكْرَهَها ويُفارِقَها وفي رِوايةٍ ذكرَها غيرُه «إنّي لأبغَضُ المرأةَ السّلْتاءَ والمرْهاءَ»[1] والكلامُ في المُزَوَّجةِ لِكراهةِ الخِضابِ أو حرمَته لِغيرِها على ما مَرَّ فيه في بابِ الإحرامِ.

(تنبيهٌ) لَيس لِحامِلٍ بائِنٍ ومَنْ غابَ زوجُها إلا ما يُزيلُ الشُّعْثَ والوسَخَ على المذهبِ (ودَواءُ مَرَضٍ وأُجرةُ طَبيبٍ وحاجِمٍ) وفاصِدٍ وخاتِنٍ لأنّها لِحِفظِ الأصلِ (ولها طَعامُ أيّامِ المرَضِ وأُدْمُها) وكِسوَتُها وآلةُ تُنَظُّفُها وتصرِفُه لِلدَّواءِ أو غيرِه لأنّها محبوسةٌ عليه (والأصحُ وجوبُ أُجرةِ حَمّامٍ) لِمَنِ اعتادَتْه أي ولا ريبةَ فيه بوجهٍ كما هو ظاهرٌ وحينئذٍ تَدْخُلُه كلَّ جُمُعةٍ أو شهرٍ مثلاً مَرّةً أو أكثرَ (بحسبِ العادةِ) المُطَرَّدةِ في أمثالِها للحاجةِ إليه حينئذٍ وتقييدُ بعضِهم بمَرّةٍ في الشّهرِ خرج مخرَجَ التمثيلِ وهذا بناءً على جوازِ دخولِه وإنْ كُرِهَ وهو المعتمدُ وقال جمعٌ: يحرُمُ دخولُه إلا لضَرورةٍ حاقة للأخبارِ الصّحيحةِ المُصَرِّحةِ بمَنْعِه وأطالَ الأذرَعيُّ في الانتصارِ له وخَصَّه بما إذا شارَكها غيرُها فيه دون ما إذا أخلى لها (وثمنِ ماءِ غُسلٍ) ما تَسَبَّبَ عنه لِنحوِ مُلاعَبةٍ أو (جِماعٍ) منه (ونِفاسٍ) منه يعني وِلادةً ولو بلا بَلَلٍ لأنّ الحاجةَ إليه من قبلِه وبه يُعْلَمُ أنّه لا يلزمُه إلا ماءُ الفرضِ لا السُّنّةِ.

(تنبيهٌ) ظاهرُ قولِه ثمنُ أنّه الواجبُ لا الماءُ وإنْ حَصَّلَتْه بدونِ ثمنٍ كما يجبُ لها القوتُ وغيرُه وإنْ حَصَلَ لها تَبرُّعًا وأنّهما ما لو تَنازَعا فدَفع لها ماءً وطلبتْ ثمنَه أُجيبَتْ وفيه نَظَرٌ ثمّ رأيت شارِحًا قال الواجبُ الماءُ أو ثمنُه وقضيتُه أنّ الخِبْرةَ إليه دونَها وهو مُحْتَمَلٌ.

---

(١) [ضعيف] قد ذكره ابن أبي حاتم في (علل الحديث) [٤/ ٦٩]، وضعفه.

لا حَيْضٍ واحتِلامٍ في الأَصَحِّ. ولها وآلاتُ أكْلٍ وشُرْبٍ وطَبْخٍ كَقِدْرٍ وقَصْعةٍ وكوزٍ وجَرّةٍ ونَحْوِها. وَمَسْكَنٌ يَليقُ بها، ولا يُشْتَرَطُ كَوْنُه مِلْكَهُ. وَعليه لِمَنْ لا يَليقُ بها خِدْمةُ نفسِها

(لا حيضٍ) وإنْ وطِئَ فيه أو بعدَ انقطاعِه فيما يظهرُ (واحتلامٍ) وألْحَقَ به استدخالَها لِذكرِه وهو نائِمٌ إذْ لا صُنْعَ منه كغُسلِ زِناها ولو مُكْرَهةً ووِلادَتِها من وطْءِ شُبهةٍ فماءُ هذه عليها دون الواطِئِ وفارَقَ الزوجَ بأنّ له أحكامًا تَخُصُّه فلا يُقاسُ به غيرُه ألا ترى أنّه تَلْزَمُه الكفّارةُ دونَها في جِماعِ رَمَضانَ والنُّسُكُ ومنه يُؤْخَذُ رَدُّ قولِ الزركشيِّ فيمَنْ أكرَهَ امرأةً على الزِّنا القياسُ أنّه يلزمُه ماءُ غُسلِها كمهرِها ولا تَداخُلَ لأنّه من غيرِ الجنسِ بخلافِ أرشِ البكارةِ انتهى ووجه رَدِّه أنّ واطِئَ الشُّبْهةِ قد يكونُ مُتعدّيًا ومع ذلك لم يُلْزِموه بماءٍ فكذا الزّاني ويُفَرَّقُ بين المهرِ والماءِ بأنّ المهرَ في مُقابِلةِ ما تَمَتَّعَ به فلَزِمَه ولا كذلك الماءُ ويلزمُه أيضًا ماءُ وُضوءٍ وجَبَ لِتَسَبُّبه فيه وحدَه بخلافِ ما وجَبَ لِغيرِ ذلك كأنْ تَلامَسا مَعًا فيما يظهرُ. وماءُ غُسلِ ما تَنَجَّسَ من بَدَنِها وثيابِها وإنْ لم يكن بتَسَبُّبه كما اقتضاه إطلاقُهم كماءِ نَظافَتِها بل أولى.

(ولها) عليه أيضًا (آلاتُ أكلٍ وشُرْبٍ) بتَثليثِ أوّلِه أو هو بالفتحِ مَصْدَرٌ وكلٌّ من الآخرَين اسمٌ ذكرَه في القاموسِ فاقتصارُ الزّركشيِّ على الضّبْطِ بالفتحِ وقولُه وبه قيَّدَ حديثَ: «أيّامُ مِنًى أيّامُ أكلٍ وشُرْبٍ»[1] إنّما يأتي على الثاني (وطَبْخٍ كقِدْرٍ وقَصْعةٍ) بفتحِ القافِ ومِغْرَفة (وكوزٍ وجَرّةٍ ونحوِها) كإجّانةٍ تُغْسَلُ فيها ثيابُها لأنّ المعيشةَ لا تَتِمُّ بدونِ ذلك ومثلُه كما بحثه الأذرعيُّ إبريقُ الوُضوءِ ومَنارةُ السِّراجِ إن اعْتيدَتْ ويرجعُ في جنسِ ذلك للعادةِ كالنُّحاسِ لِلشّريفة والخزَفِ لِغيرِها ويُفاوِتُ فيه بين الموسِرِ وضِدَّيْه نظيرَ ما مَرَّ.

(و) لها عليه أيضًا (مسكنٌ) تأمَنُ فيه لو خرج عنها على نفسِها ومالِها وإنْ قلَّ للحاجةِ بل الضّرورةُ إليه وكالمعتدّةِ بلِ أولى (يَليقُ بها) عادةً لأنّها لا تملِكُ إبدالَه لأنّه امتناعٌ بخلافِ ما مَرَّ في النّفَقة والكِسوةِ لأنّها تملِكُهما وإبدالُهما فاعتُبِرا به لا بها وتَرَدَّدَ في المطْلَبِ في بَدْوِيّةٍ أرادَ قرويٌّ سُكْناها في القرْيةِ هل يُسكِنُها بيتَ شَعْرٍ أو حُجْرةً واسِعةً لأنّ أعظَمَ أغراضِها السّعةُ والذي يُتَّجه النّظَرُ للعادةِ المُطَّرِدةِ في أمثالِها إذا سكنوا القُرى ولو سكنَ معها في منزلِها بإذْنِها أو لامتناعِها من النَّقْلةِ معه أو في منزلِ نحوِ أبيها بإذْنِه أو مَنَعَه من النَّقْلةِ لم تَلْزَمْه أُجْرةٌ لأنّ الإذْنَ العُرْيَ عن ذِكْرِ العِوَضِ ينزلُ على الإعارةِ والإباحةِ بخلافِه مع السُّكوت كما مَرَّ مع زيادةٍ قُبَيْلَ الاستبراءِ (ولا يشتَرِطُ كونُه ملكه) لِحُصولِ المقصودِ بغيرِه كمُعارٍ.

(وعليه لِمَنْ لا يَليقُ بها خِدْمةُ نفسِها) بأنْ كانت حُرّةً ومثلُها تُخْدَمُ عادةً في بيت أبيها مثلًا بخلافِ مَنْ لا تُخْدَمُ فيه وإنْ حَصَلَ لها شَرَفٌ من زوجٍ أو غيرِه يُعْتادُ لأجلِه إخدامُها لأنّ الأُمورَ الطّارِئةَ لا عبرةَ بها وظاهرُ قولِهم ومثلُها إلَخْ أنّه لا تُعْتَبَرُ الخِدْمةُ في بيت أبيها بالفعلِ فلو كان مثلُها يُخْدَمُ عادةً

---

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

إخْدامُها بحُرّةٍ أو أمةٍ له أو مُسْتأجَرةٍ، أو بالإنْفاقِ على مَنْ صَحِبَتْها من حُرّةٍ أو أمةٍ لِخِدْمةٍ وسَواءٌ في هذا موسِرٌ ومُعْسِرٌ وعبدٌ، فإنْ أخْدَمَها بحُرّةٍ أو أمةٍ بأُجْرةٍ فَليس عليه غيرُها أو بأمَتِه أنْفَقَ عليها بالمِلْكِ أو بمَنْ صَحِبَتْها ....

في بيت أبيه فتَرَكه الأبُ بُخْلاً أو لِطُروِّ إعسارٍ أو رُبّيَتْ في بيت غيرِ أبيها ولم تُخْدَم أصلاً وجَبَ إخدامُها بخلافِ مَنْ ليس مثلُها كذلك وإنْ خُدِمت فلا يجبُ إخدامُها وهو مُحْتَمَلٌ ويحتَمِلُ الضَبْطَ بوُقوعِ الخِدْمةِ بالفعلِ في بيت مُرَبّيها والأوّلُ أقرَبُ إلى كلامِهم كما عَرَفْت (إخدامُها) ولو بَدْويّةً لأنّه من المُعاشَرةِ بالمعروفِ بوحدةٍ لا أكثرَ مُطْلَقًا إلا إنْ مَرِضَتْ واحتاجَتْ لأكثرَ من واحدةٍ فيجبُ قدرُ الحاجةِ وله مَنْعُ مَنْ لا تُخْدَمُ من إدْخالِ واحدةٍ ومَنْ تُخْدَمُ وليستْ مَريضةً من إدْخالِ أكثرَ من واحدةٍ دارِه سواءٌ أكنّ ملكها أم بأُجْرةٍ والزوجةُ مُطْلَقًا من زيارةِ أبوَيْها وإن احتُضِرا وشُهودِ جنازَتِهما ومَنْعِهما من دخولِهما لها كوَلَدِها من غيرِه وتعيينِ الخادِمِ ابتداءً إليه فله إخدامُها (بحُرّةٍ) ولو مُتَبَرّعةً. وقولُ ابنِ الرِّفعةِ لها الامتناعُ من المُتَبَرِّعةِ للمِنّةِ يُرَدُّ بأنّ المِنّةَ عليه لا عليها لأنّ الفرضَ أنّها إنّما تبَرَّعَتْ عليه لا عليها (أو أمةٍ له أو مُستأجَرةٍ) أو صَبيٍّ غيرِ مُراهِقٍ أو بنحوِ محرَمٍ لها أو مملوكٍ وكذا كلُّ مَنْ يَحِلُّ نَظَرَه من الجانِبَين كممسوحٍ لا ذِمّيّةٍ وشيخٍ هَرِمٍ قال الزّركشيُّ وهذا في الخِدْمةِ الباطِنةِ أمّا الظّاهرةِ فيتوَلاّها الرِّجالُ والنّساءُ من الأحرارِ والمماليكِ (أو بالإنفاقِ على مَنْ صَحِبَتْها من حُرّةٍ أو أمةٍ لِخِدْمةٍ) لِحُصولِ المقصودِ بجميعِ ذلك وبحث الأذرَعيُّ مَنْعَ إخدامِ زوجةٍ ذِمّيّةٍ بمسلمةٍ حُرّةٍ أو أمةٍ لِما فيه من الإذْلالِ وأنّ لها أنْ تمتَنِعَ إذا أخدَمَها أحدَ أُصولِها كما لو أرادَ أنْ يتولّى خِدْمَتَها بنفسِه ولو في نحوِ طَبْخٍ وكنْسٍ لأنّها تَستَحْيي منه غالبًا وتَتعيَّرُ به وفي المُرادِ بإخدامِها الواجبَ خلافٌ والمعتمدُ منه أنّه ليس على خادِمِها إلا ما يَخُصُّها وتحتاجُ إليه كحملِه الماءَ للمُستَحِمِّ والشُّرْبَ وصَبِّه على بَدَنِها وغَسلِ خِرَقِ الحيضِ والطّبْخِ لأكلِها بخلافِ نحوِ الطّبْخِ لأكلِه وغُسلِ ثيابه فإنّه عليه فله أنْ يَفْعَلَه بنفسِه وله مَنْعُها من أنْ تَتَولّى خِدْمةَ نفسِها لِتَفوزَ بمُؤْنةِ الخادِمِ لأنّها تَصيرُ بذلك مُبْتَذَلةً وخرج بقولِنا ابتداءً ما إذا أخدَمَها من أَلِفتها أو حَمَلَتْ مألوفة معها فليس له إبدالُها من غيرِ ريبةٍ أو خيانةٍ ويُصَدَّقُ هو بيَمينِه فيما يظهرُ.

(تنبيهٌ) سبَقَ في الإجارةِ ويأتي آخِرَ الأيمانِ ما يُعْلَمُ منه اختلافُ الخِدْمةِ باختلافِ الأبوابِ لإناطةِ كلٍّ بعُرْفٍ يَخُصُّه.

(وسواءٌ في هذا) أي الإخدام بشرطِه (موسِرٌ ومُعْسِرٌ وعبدٌ) كسائِرِ المُؤَنِ واختيارُ كثيرين عدمَ وجوبه على المُعْسِرِ مُستَدِلّين بأنّه (ﷺ لم يوجِبْ لِفاطِمةَ على عَليٍّ رضي الله عنهما خادِمًا لإعسارِه) يُرَدُّ بأنّه لم يَثْبُتْ أنّهما تَنازَعا في ذلك فلم يوجِبْه وأمّا مُجَرَّدُ عدمِ إيجابه من غيرِ تَنازُعٍ فهو لِما طُبِعَ عليه ﷺ من المُسامَحةِ بحُقوقِه وحُقوقِ أهلِه على أنّها واقعةُ حالٍ مُحْتَمَلةٌ فلا دليلَ فيها (فإنْ أخدَمَها بحُرّةٍ أو أمةٍ بأُجْرةٍ فليس عليه غيرُها) أي الأُجْرةِ (أو بأمَته أنْفَقَ عليها بالملكِ أو بمَنْ صَحِبَتْها) ولو أمَتَها

لَزِمَه نَفقَتُها. وَجِنْسُ طَعامِها جِنْسُ طَعامِ الزَّوْجةِ، وهو مُدٌّ على مُعْسِرٍ وكذا مُتَوَسِّطٌ في الصَّحيحِ، وموسِرٌ مُدٌّ وثُلُثٌ ولها كِسْوةٌ تَليقُ بحالِها، وكذا أُدْمٌ على الصَّحيحِ، لا آلةُ تَنْظيفٍ فإنْ كَثُرَ وَسَخٌ وتأذَّتْ بقَملٍ وجَبَ أنْ تُرَفَّهَ. وَمَنْ تَخْدُمُ نفسَها في العادةِ إن احتاجَتْ إلى خِدْمةٍ لِمَرَضٍ أو زَمانةٍ وجَبَ إخْدامُها، ولا إخْدامَ لِرَقيقةٍ، وفي الجميلةِ وجْهٌ.

(لَزِمَه نفقتُها) لا تَكْرارَ فيه مع قولِه أوّلاً أو بالإنفاقِ إلَخْ لأنّ ذاك لِبَيانِ أقسامِ واجبِ الإخدامِ وهذا البيانُ أنّه إذا اختارَ أحدَّ تلك الأقسامَ ما الذي يلزمُه فقولُ شارحٍ إنّه مُكرَّرٌ استرْواحٌ (وجنسُ طَعامِها) أي التي صَحِبَتْها (جنسُ طَعامِ الزوجةِ) لكن يكون أدْوَنَ منه نَوْعًا لأنّه المعروفُ (وهو) من جِهةِ المِقْدارِ (مُدٌّ على مُعْسِرٍ) إذِ النّفْسُ لا تقومُ بدونِه غالِبًا.

(وكذا مُتَوَسِّطٌ) عليه مُدٌّ (في الصّحيحِ) كالمُعْسِرِ وكان وجه إلحاقِهم له به هنا لا في الزوجةِ أنّ مَدارَ نفقةِ الخادمِ على سدِّ الضّرورةِ ولا المواساةِ والمُتَوَسِّطِ ليس من أهلِها فساوَى المُعْسِرَ بخلافِ الموسِرِ (وموسِرٌ مُدٌّ وثُلُثٌ) ووجهُه أنّ نفقةَ الخادمةِ على المُتَوَسِّطِ ثُلُثا نفقةِ المخدومةِ عليه فجُعِلَ الموسِرُ كذلك إذِ المُدُّ والثُّلُثُ ثُلُثا المُدَّين (ولها) أي التي صَحِبَتْها (كِسوةٌ تَليقُ بحالِها) فتكونُ دون كِسوةِ المخدومةِ جنسًا ونَوْعًا كقميصٍ ونحوِ جُبّةِ شِتاءٍ كالعادةِ وكذا مِقْنَعةٌ ومِلْحَفةٌ وخُفٌّ لِحُرّةٍ وأمةٍ شِتاءً وصَيْفًا وقِطْعةٌ ونحوَ قُبَّعٍ لِذكرٍ وإنّما وجَبَتْ لها المِلْحَفة لاحتياجِها للخُروجِ بخلافِ المخدومةِ وما تجلِسُ عليه كحَصيرٍ صَيْفًا وقِطْعةٍ لِبَلَدٍ شِتاءً ومِخَدّةٍ وما تَتَغَطّى به ليلاً شِتاءً ككِساءٍ لا نحوِ سراويلَ (وكذا) لها (أُدْمٌ على الصّحيحِ) لأنّ العيْشَ لا يَتِمُّ بدونِه كجنسِ أُدْمِ المخدومةِ ودونَه نَوْعًا وقدرُه بحسبِ الطّعامِ وفي وجوبِ اللّحْمِ لها وجهانِ والذي يُتَّجَه ترجيحُه منهما اعتبارُ عادةِ البلَدِ (لا آلةُ تَنَظُّفٍ) فلا تجبُ لها لأنّ اللّائِقَ بحالِها عدمُه لِئَلّا تمتَدَّ إليها الأعيُنُ (فإنْ كثُرَ وسَخٌ وتأذَّتْ) الأنثى وذكرَتْ لأنّها الأغلَبُ وإلا فالذّكرُ كذلك (بقَمْلٍ وجَبَ أنْ تَرَفَّه) بأنْ تُعْطَى ما يُزيلُ ذلك (ومَنْ تخدُمُ نفسَها في العادةِ إن احتاجَتْ إلى خِدْمةٍ لِمَرَضٍ أو زَمانةٍ وجَبَ إخدامُها) ولو أمةً بواحدةٍ فأكثرَ كما مَرَّ لِلضَّرورةِ (ولا إخدامَ لِرَقيقة) أي مَنْ فيها رِقٌّ وإنْ قلَّ في حالِ صحّتها ولو جميلةً لأنّه لا يَليقُ بها (وفي الجميلةِ وجهٌ) لِجَرَيانِ العادةِ به وقد يمنعُ ذلك بأنّه غيرُ مُطّرِدٍ وإنْ وُجِدَ فهو لِعُروضِ سببِ مَحَبّةٍ ونحوِها فلم يُنْظَرْ إليه.

(فرع): قال ابنُ الصّلاحِ له نَقْلُ زوجَته من الحضَرِ إلى الباديةِ وإنْ كان عَيْشُها خَشِنًا لأنّ لها عليه نفقةً مُقَدَّرةً أي لا تَزيدُ ولا تَنقُصُ وأمّا خُشونةُ عَيْشِ الباديةِ فيُمْكِنُها الخُروجُ عنه بالإبدالِ كما مَرَّ قال وليس له أنْ يَسُدَّ عليها الطّاقات في مسكنِها وله أنْ يُغْلِقَ عليها البابَ إذا خافَ ضَرَرًا يَلْحَقُ في فتْحِه وليس له مَنْعُها من نحوِ غَزْلٍ وخياطةٍ في منزلِه اهـ وما ذكرَه آخِرًا يَتعيَّنُ حملُه على غيرِ زَمَنِ الاستمتاعِ الذي يُريدُه وعلى ما إذا لم تَتَقَذَّرْ به وفي سدِّ الطّاقات يحمِلُ على طاقاتٍ لا ريبةَ في فتحِها وإلا فله

وَيَجِبُ في المسكَنِ إمتاعٌ، وما يُستَهلَكُ كَطَعامٍ تمليكٌ، وتَتَصرَّفُ فيه فلو قَتَّرتْ بما يَضُرُّها مَنَعَها، وما دامَ نَفْعُه كَكِسْوةٍ وظُروفِ طَعامٍ ومُشْطٍ تَمليكٌ، وقيلَ إمتاعٌ.

السّدُّ بل يجبُ عليه كما أفتى به ابنُ عبدِ السّلامِ في طاقاتٍ ترى منها الأجانِبَ أي وعلم منها تعمُّدَ رُؤْيَتهم لأنّه من بابِ النّهيِ عن المُنكرِ.

(ويجبُ في المسكنِ إمتاعٌ) إجماعًا واعتَرَضَ ولأنّه لِمُجَرَّدِ الانتفاعِ فأشبَهَ الخادِمُ المعلومَ مِمّا قدَّمَه فيه أنّه كذلك (و) في (ما يُستَهلَكُ كطَعام) لها أو لِخادِمِها المملوكةِ لها أو الحُرّةِ (تمليكٍ) للحُرّةِ ولِسيِّدِ الأمةِ بمُجَرَّدِ الدفعِ من غيرِ لفظٍ كما في الكفّارةِ (و) ينبني على كونِه تمليكًا أنّ الحُرّةَ وسيِّدَ الأمةِ كلٌّ منهما (يتصرَّفُ فيه) بما شاءَ من بيعٍ وغيرِه ولأجلِ هذا مع غَرَضِ التقسيم وطَّنًا له بما قبله وإنْ علم من قولِه السّابِقِ تمليكها حَبًّا (فلو قتّرَتْ) أي ضَيَّقت على نفسِها في طَعامٍ أو غيرِه ومثلُها في هذا سيِّدُ الأمةِ كما هو ظاهرٌ (بما يَضُرُّها) ولو بأنْ يُنَفِّرَه عنها أو بما يَضُرَّ خادِمُها (مَنَعَها) لِحَقِّ التّمتُّعِ (وما دامَ نفعُه ككِسوةٍ) ومنها الفُرُشُ فلا يُرَدُّ عليه (وظُروفِ طَعام) لها ومنه الماءُ (ومُشْطٍ) وما في معناه من آلات التنظيفِ (تمليكٌ) كالطّعام بجامِعِ الاستهلاكِ واستقلالِها بأخذِه فيُشْتَرَطُ كونُها ملكه وتَتَصرَّفُ فيها بما شاءَتْ إلا أنْ تُقتِّرَ ولَها مَنْعُه من استعمالِ شيءٍ من ذلك وكذا كلُّ ما يكونُ تمليكًا (وقيلَ إمتاعٌ) فيكفي نحوُ مُستعارٍ ولا تَتَصرَّفُ هي بغيرِ ما أُذِنَ لها كالسّكنِ والخادِمِ.

والفرقُ ما مَرَّ أنّها تَستَقِلُّ بهذينِ بخلافِ نحوِ الكِسوةِ واختيرَ هذا في نحوِ فُرُشٍ ولِحافٍ وظاهرٌ أنّها على الأوّلِ تملِكُه بمُجَرَّدِ الدفعِ والأخذِ من غيرِ لفظٍ وإنْ كان زائدًا على ما يجبُ لها لَكِنّ الصّفةَ دون الجنسِ فيقعُ عن الواجبِ بمُجَرَّدِ إعطائِه من غيرِ قصْدٍ صارِفٍ عنه وقبضِها لأنّ الصّفةَ الزّائِدةَ وقَعَتْ تابعةً فلم تحتج لِلّفظِ بخلافِ الجنسِ فلا تملِكُه إلا بلفظٍ لأنّه قد يُعيرُها قصْدًا لِتَجَمُّلِها به ثمّ يسترجِعُه منها ومن ثَمَّ لو قصَدَ به الهديّةَ مَلَكتْه بمُجَرَّدِ القبضِ إذْ لا يُشْتَرَطُ فيها بَعْثٌ ولا إكْرامٌ وتعبيرُهم بهما للغالِبِ وحينئذٍ فكِسوَتُها الواجبةُ لها باقيةٌ في ذِمّته وفي الكافي لو اشترى حُليًّا وديباجًا لِزوجَته وزَيَّنَها به لا يَصيرُ ملكها لها بذلك.

ولو اختلفت هي والزوجُ في الإهداءِ والعاريّةَ صَدَقَ ومثلُه وارثُه كما يُعْلَمُ مِمّا مَرَّ آخِرَ العاريّةُ والقِراضِ وفي الكافي أيضًا لو زَوَّجَ بنتَه بجِهازٍ لم تملِكْه إلا بإيجابٍ وقَبولٍ والقولُ قولُه أنّه لم يملكْها ويُؤْخَذُ مِمّا تقرّر أنّ ما يُعطيه الزوجُ صِلْحةً أو صَباحيّةً كما اعْتِيدَ ببعضِ البِلادِ لا تملِكُه إلا بلفظٍ أو قصدَ إهداءً وإفتاءَ غيرِ واحدٍ بأنّه لو أعطاها مَصروفًا للعُرْسِ ودَفْعًا لِصَباحيّةٍ فنَشَزَت استَرَدَّ الجميعَ غيرُ صحيحٍ إذِ التقييدُ بالنُّشوزِ لا يتأتّى في الصّباحيّةِ لِما قرّرْته فيها كالمصْلَحةِ لأنّه إنْ تَلَفَّظَ بالإهداءِ أو قصَدَه مَلَكتْه من غيرِ جِهةِ الزوجيّةِ وإلا فهو ملكُه وأمّا مَصْروفُ العُرْسِ فليس بواجبٍ فإذا صَرَفته بإذْنِه ضاعَ عليه وأمّا الدفعُ أي المهرُ فإنْ كان قبلَ دخولٍ استَرَدَّه وإلا فلا لِتَقَرُّرِه به فلا يُستَرَدُّ بالنُّشوزِ.

وَتُعْطَى الكِسْوةَ أوَّلَ شِتاءٍ و صَيْفٍ، فإنْ تَلِفَتْ فيه بلا تَقْصيرٍ لم تُبْدَلْ إنْ قُلْنا تَمليكٌ، فإنْ ماتَتْ فيه لم تُرَدَّ. ولو لم يَكْسُ مُدّةً فَدَيْنٌ.

فَصْلٌ

الجديدُ أنّها تَجِبُ بالتَّمكينِ لَها، والمُرادُ بالوُجوبِ استِحْقاقُها يَوْمًا بيَوْمٍ كما صَرَّحوا به

(وتُعْطَى الكِسوةَ أوّلَ شِتاءٍ) لِتكون عن فصلِها وفَصْلِ الرّبيعِ (و) أوّلَ (صَيفٍ) لِتكون عنه وعن الخريفِ هذا وإنْ وافَقَ أوّلُ وجوبِها أوّلَ فصلِ الشّتاءِ وإلا أُعطِيت وقتَ وجوبِها ثمّ جُدِّدَتْ بعدَ كلِّ ستّةِ أشهرٍ من ذلك نعم، ما يبقى سنةً فأكثرَ كفُرُشٍ وبُسُطٍ وجُبّةٍ يُعْتَبَرُ في تجديدِها العادةُ الغالِبةُ كما مَرَّ (فإنْ تَلِفت) الكِسوةُ (فيه) أي أثناءَ الفصلِ (بلا تقصيرٍ لم تُبَدَّلْ إنْ قُلْنا تمليكٌ) كنفقةٍ تَلِفت في يَدِها وبِلا تقصيرٍ أي منها ليس قيْدًا لِما بعدَه بل عدمُ الإبدالِ مع التقصيرِ أولى بل لِمُقابِلِه وهو الإمتاعُ أمّا منه فهو قيْدٌ لِما بعدَه ومن ثَمَّ صرّح ابنُ الرِّفعةِ بأنّها لو بُلِيَتْ أثناءَ الفصلِ لِسَخافَتِها أبدَلَها لِتقصيرِه (فإنْ) نَشَزَتْ أثناءَ الفصلِ سقَطَتْ فإنْ عادَتْ لِلطّاعةِ كان أوّلَ فصلِ الكِسوةِ ابتداءُ عَوْدِها ولا حِسابَ لِما قبلَ النُّشوزِ من ذلك الفصلِ لأنّه بمنزلةِ يوم النُّشوزِ وإنْ (ماتتْ) أو مات (فيه لم تُرَدَّ) إنْ قُلْنا تمليكٌ وأفْهَمَ (تُرَدُّ) أنّها قبضتْها فإنْ وقَعَ موتٌ أو فِراقٌ قبلَ قبضِها وجَبَ لها من قيمةِ الكِسوةِ ما يُقابِلُ زَمَنَ العِصْمةِ على ما بحثه ابنُ الرِّفعةِ ونُقِلَ عن الصَّيْمَريِّ لكن أفتى المُصَنِّفُ بوجوبِها كلِّها وإنْ ماتتْ أوّلَ الفصلِ وسبقَه إلى نحوِه الرّويانيُّ واعتمده جمعٌ مُتأخِّرون منهم الأذرَعيُّ والبُلْقينيُّ وأطالَ في الانتصارِ له قال ولا يُهَوِّلُ عليه بأنّها كيف تجبُ كلُّها بعدَ مُضيِّ لَحْظةٍ من الفصلِ لأنّ ذلك جُعِلَ وقتًا للإيجابِ فلم يَفترِقْ الحالُ بين قليلِ الزّمانِ وطَويلِه أي ومن ثَمَّ مَلَكتْها بالقبضِ وجازَ لها التّصرُّفُ فيها بل لو أعطاها كِسوةً أو نفقةً مُدّةً مُستقبَلةً جازَ ومَلَكتْ بالقبضِ لِتعجيلِ الزّكاةِ ويستَرِدُّ أنْ حَصَلَ مانِعٌ وفي القياسِ على تعجيلِ الزّكاةِ نَظَرٌ لأنّ له سببَين دخل وقتُ أحدِهما ومن ثَمَّ لم يَجُزْ لِسَنَتَين وليس هنا إلا سببٌ واحدٌ هو أوّلُ اليومِ أو الفصلِ إلا أنْ يُقال النّكاحُ هو السّببُ الأوّلُ فحينئذٍ يَجوزُ التعجيلُ مُطْلَقًا (ولو لم يَكْسُ) ها أو يُنْفِقْها (مُدّةً) هي ممكنةٌ فيها (ف) الكِسوةُ والنّفقة لِجميعِ ما مَضى من تلك المُدّةِ (دَيْنٌ) لها عليه إنْ قُلْنا تمليكٌ لأنّها استَحَقَّتْ ذلك في ذِمّته.

(فرعٌ): ادَّعَتْ نفقةً أو كِسوةً ماضيةً كفَى في الجوابِ لا تَستَحِقُّ على شيئًا وكذا نفقةُ اليوم إلا إنْ عَرَفَ التمكين على ما بحثه بعضُهم وفيه نَظَرٌ بل الأوجَه أنّه يكفي وإنْ عَرَفَ ذلك لأنّ نُشوزَ لَحظةٍ يُسقِطُ نفقةَ جميعِه كما يأتي وتُصَدَّقُ بيَمينِها في عدمِ النُّشوزِ وعدمِ قبضِ النّفقة.

فصل في موجِبِ المُؤَنِ ومُسقِطاتها

(الجديدُ أنّها) أي: المُؤَنَ السّابِقة من نحوِ نفقةٍ وكِسوةٍ (تجبُ) يومًا بيومٍ أو فصلاً بفَصْلٍ، أو كلَّ وقتٍ اعْتيدَ فيه التّجْديدُ، أو دائِمًا بالنّسبةِ للمسكنِ والخادِمِ على ما مَرَّ (بالتمكينِ) التّامِّ ومنه أنْ تقولَ

ولو حَصَلَ التَّمكينُ وقْتَ الغُروبِ قال الإسْنَويُّ: فالقياسُ وُجوبُها بالغُروبِ ا هـ. والظّاهِرُ كما قال شَيْخُنا أنّ المُرادَ وُجوبُها بالقِسْطِ، فلو حَصَلَ ذلك وقْتَ الظُّهْرِ فَيَنْبَغي وُجوبُها لِذلك من حينَئِذٍ، وهَل التَّمكينُ سَبَبٌ أو شَرْطٌ؟ فيه وجْهانِ: أوجَهُهما الثّاني، واستُثْنيَ من ذلك صورَتانِ: إحْداهما ما لو مَنَعَتْ نفسَها لِتَسْليمِ المهْرِ المُعَيَّنِ أو الحالِّ فإنّ لَها النَّفَقةَ من حينَئِذٍ، أمّا المُؤَجَّلُ فَليس لَها حَبْسُ نفسِها له وإنْ حَلَّ خِلافًا للإسْنَويِّ.

مُكلَّفة، أو سكْرانةٌ، أو وليٌّ غيرِهما متى دَفَعْت المهر الحال سلَّمْت قال بعضُهم: بشرطِ مُلازَمَتها لِمسكنِه وفيه نَظَرٌ؛ لأنّ حَبْسَها لِنفسِها الجائِزَ لها يشمَلُ امتناعَها من مسكنِه أيضًا؛ لأنّه المُقَصِّرُ، وذلك؛ لأنّها في مُقابَلَته، ويَثبُتُ بإقرارِه وبِشَهادةِ البيِّنةِ به، أو بأنّها في غَيْبَته باذِلةٌ لِلطّاعةِ مُلازِمةٌ للمسكنِ، ونحوُ ذلك ولها مُطالَبَتُه بها إنْ أرادَ سفرًا طَويلًا كما قاله الدّارِميُّ والبغَويُّ: ولا غَرابةَ فيه خلافًا لأبي زُرْعةَ فيلزمُ القاضيَ إجابَتُها لِذلك ويُفَرَّقُ بينها وبين مَنْ له دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ فإنّه لا مَنْعَ له، وإنْ كان يَحِلُّ عَقِبَ الخُروجِ بأنّ الدّائِنَ ليس في حَبْسِ المدينِ، وهو المُقَصِّرُ برِضاه بذِمَّته، ولا كذلك الزوجةُ فيهما إذْ لا تقصيرَ منها، وهي في حَبْسِه فلو مَكَّنّاه من السَّفَرِ الطّويلِ بلا نفقةٍ ولا مُنْفِقٍ لأدّى ذلك إلى إضْرارِها بما لا يُطاقُ الصَّبْرُ عليه لا سيَّما الفقيرةُ التي لا تَجِدُ مُنْفِقًا فاقتضت الضّرورةُ إلزامَه بِبَقاءِ كِفايَتها عندَ مَنْ يَثِقُ به لِيُنْفِقَ عليها يومًا فيومًا وكبَقاءِ مالٍ لِذلك دَيْنُه على موسِرٍ مُقِرٍّ باذِلٍ وِجْهةٌ ظاهِرةٌ اطَّرَدَت العادةُ باستمرارِها فيما يظهرُ في الكلِّ، ومثلُها بعضُه الذي يلزمُه إنْفاقُه فيلزمُه أنْ يَترُك له ما ذُكِرَ، أو قطعُ السَّبَبِ بفِراقِها، وخرج بالتّامِّ ما لو مَكَّنَتْه ليلًا فقط مثلًا، أو في دارٍ مخصوصةٍ مثلًا فلا نفقةَ لها وبحث الإسنَويُّ أنّه لو حَصَلَ التمكينُ وقتَ الغُروبِ فالقياسُ وجوبُها بالغُروبِ قال شيخُنا عَقِبَه والظّاهرُ أنّ مُرادَه وجوبُها بالقِسطِ فلو حَصَلَ ذلك وقتَ الظُّهْرِ فينبغي وجوبُها كذلك من حينئذٍ انتهى.

ورجح البُلْقينيُّ أنّه لا يجبُ القِسطُ مُطْلَقًا ويتردَّدُ النَّظَرُ في المُرادِ بالقِسطِ هل هو باعتبارِ توزيعِها على الزّمَنِ كلِّه أعني من الفجْرِ إلى الفجْرِ فتُحسَبُ حِصّةُ ما مَكَّنَتْه من ذلك، وتُعْطاها، أو على اليوم فقط، أو على وقتَي الغداءِ والعِشاءِ كلٌّ مُحْتَمَلٌ والأقربُ الأوّلُ بل قولُ الإسنَويِّ فالقياسُ وجوبُها بالغُروبِ صريحٌ فيه إذِ الظّاهرُ أنّ مُرادَه وجوبُها به بالقِسطِ لا مُطْلَقًا كما أفادَه الشيخُ، فإنْ قُلْت: يُنافي ذلك قولَهم تسقطُ نفقةُ اليوم بليلَته بنُشوزِ لَحظةٍ، ولا توزَّعُ على زَمانَي الطّاعةِ والنُّشوزِ؛ لأنّها لا تَتجزَّأُ ومن ثَمَّ سُلِّمت دَفعةً، ولَم تُفرَّقْ غَدوةً وعَشيّةً قُلْت: يُفَرَّقُ بأنّه تَخَلَّلَ هنا مُسقِطٌ فلم يُمْكِن التوزيعُ معه لِتعدِّيها به غالِبًا بخلافِه ثَمَّ فإنّه لا مُسقِطَ فوَجَبَ توزيعُها على زَمَنِ التمكينِ وعدمِه إذْ لا تعدِّيَ هنا أصلًا فإنْ قُلْت قياسُ ذلك أنّها لو مَنَعَتْه من التمكينِ بلا عُذْرٍ، ثمّ سلَّمت أثناءَ اليوم مثلًا لم توزَّعْ قُلْت القياسُ ذلك، وسيأتي عن الأذرَعيِّ ما يُؤَيِّدُه قال البُلْقينيُّ: ومقتضى كلامِ الرّافِعيِّ في الفسخِ بالإعسارِ أنّ ليلةَ اليومِ في النَّفَقاتِ هي التي بعدَه، وسببُه أنّ عَشاءَ النّاسِ قد يكونُ بعدَ

الصورةُ الثّانيةُ: ما لو أرادَ الزّوْجُ سَفَرًا طَويلاً. قال البغَويّ في فَتاويه: لامرأتِه لا العقْدِ.
فإن اخْتَلَفا فيه صُدِّقَ، فإنْ لم تَعرِضْ عليه مُدّةً فلا نَفَقةَ فيها، وإنْ عَرَضَتْ وجَبَتْ من بُلوغِ الخبَرِ، فإنْ غابَ كَتَبَ الحاكِمُ لِحاكِمِ بلَدِه ليُعْلِمَه فيَجيءَ أو يوَكِّلَ، فإنْ لم يَفعَلْ ومَضَى زَمَنُ وُصولِه فرَضَها القاضي.

الغُروبِ، وقد يكونُ قبله فلْتكن لَيالي النّفَقة تابِعةً لأيّامِها (لا العقدِ) بخلافِ المهرِ؛ لأنّ جُمْلَتَها في مُدّةِ العقدِ مجهولةٌ، والعقدُ لا يوجِبُ مالاً مجهولاً ولأنّها تُخالِفُ المهرَ، والعقدُ لا يوجِبُ عِوَضَين مختلِفَين (فإن اختلفا فيه) أي: التمكينِ بأن ادَّعَته فأنكره (صُدِّق) بيَمينِه؛ لأنّ الأصلَ عدمُه ومن ثَمّ لو اتّفَقا عليه، وادَّعَى سُقوطَه بنُشوزِها فأنكرتْ صُدِّقت؛ لأنّ الأصلَ حينئذٍ بَقاؤُه (فإنْ لم تَعرِضْ عليه) من جِهةِ نفسِها، أو وليُّها (مُدّةً فلا نفقةَ) لها (فيها) أي: تلك المُدّةِ، وإنْ لم يُطالِبْها لِعدمِ التمكينِ، وقضيّتُه أنّه لا فرقَ بين علمِها بالنّكاحِ، وعدمِه فلو عَقَدَ وليُّها إجبارًا وهي رَشيدةٌ ولم تعلم فتَرَكت العرْضَ مُدّةً، ثمّ علمتْ لم تجبْ لها مُؤْنةُ تلك المُدّةِ وفيه نَظَرٌ؛ لأنّها الآنَ معذورةٌ بعدمِ العلمِ، وهو مُقصِّرٌ بعدمِ الطّلَبِ.

وقد يُجابُ بأنّ المُؤَنَ إنّما هي في مُقابَلةِ التمكينِ فمتى وُجِدَ وُجِدَتْ، ومتى انتفَى انتفت، ولا نَظَرَ لِذلك التقصيرِ ألا ترى أنّه لو طَلَّقَها بائِنًا، ولم تعلم إلا بعدَ مُدّةٍ لم تَلْزَمْه مُؤْنةُ تلك المُدّةِ، وإنْ قصَّرَ بعدمِ إعلامِها، وقد سُئِلْتُ عَمَّنْ طَلَّقَ ناشِزةً، ثمّ راجَعَها ولم يُعْلِمْها بالرّجعةِ فهل يلزمُه مُؤْنَتُها قبلَ العلمِ، وقياسُ ما تقرّر عدمُ اللُّزوم سواءٌ أقُلْنا الرّجعةُ ابتداءٌ أم استدامةٌ؛ لأنّها إنْ كانت ابتداءً فقد عُلِمَ أنّه لَا بُدَّ من التمكينِ؛ لأنّ الجهْلَ بالنّكاحِ غيرُ عُذْرٍ، أو استدامةً فواضِحٌ؛ لأنّها بالرّجعةِ عادَتْ لِلنّكاحِ الذي كانت لا تَستَحِقُّ فيه مُؤْنةً فيُستصحَبُ عليها حكمُه فإنْ قُلْت: يأتي قريبًا أنّ كون الامتناعِ منه يَجْعَلُه كالمُتَسَلِّمِ لها وهذا يُنافي ما تقرّر قُلْت: لا يُنافيه؛ لأنّها ثَمّ عَرَضَتْ نفسَها عليه فامتنع فعُدَّتْ مُمَكِّنةً، ولا كذلك هنا فإنّه لا عَرْضَ منها أصلاً فلا تمكين (وإنْ عَرَضَتْ) كذلك عليه إنْ كان مُكلَّفًا وإلا فعلى وليّه بأنْ أرسَلَتْ له غيرُ المحجورةِ أو وليُّ المحجورةِ أنّي مُمَكِّنةٌ، أو مُمَكِّنٌ (وجَبَتْ) النّفَقة، والكِسوةُ ونحوُهما (من بُلوغِ الخبرِ) له؛ لأنّه المُقصِّرُ حينئذٍ (فإنْ غابَ) الزوجُ عن بَلَدِها ابتداءً، أو بعدَ تمكينِها، ثمّ نُشوزِها كما يأتي، ثمّ أرادَتْ عَرْضَ نفسِها لِتجبَ مُؤْنَتُها رَفعت الأمرَ للحاكِمِ، وأظهرَتْ له التّسليمَ وحينئذٍ (كَتَبَ الحاكِمُ) وجوبًا كما هو ظاهرٌ (لِحاكِمِ بَلَدِه) إنْ عَرَفَ (ليُعْلِمَه) بالحالِ (فيَجيءُ) لها (أو يوَكِّلُ) مَنْ يتسلَّمُها له أو يحمِلُها إليه، وتجبُ مُؤْنَتُها من وُصولِ نفسِه، أو وكيلِه (فإنْ لم يَفعَلْ) ذاك مع قُدْرَته عليه (ومَضى) بعدَ أنْ بَلَغَه ذلك (زَمَنُ) إمكانِ (وُصولِه) إليها (فرَضَها القاضي) في مالِه من حينِ إمكانِ وُصولِه وجُعِلَ كالمُتَسَلِّمِ لها؛ لأنّ الامتناعَ منه، أمّا إذا لم يعرِفْ فلْيَكْتُبْ لِحُكّامِ البِلادِ التي تَرِدُها القوافِلُ عادةً من تلك البِلادِ لِيُطْلَبَ، ويُناديَ باسمِه فإنْ لم يظهرْ فرَضَ الحاكِمُ نفقتَها الواجبةَ على المُعْسِرِ ما لم يعلم أنّه بخلافِه في مالِه

والمُعْتَبَرُ في مَجْنونةٍ ومُراهِقةٍ عَرْضُ وليٍّ. وَتَسقُطُ بنُشوزٍ ولو بمَنْعِ لمسٍ بلا عُذْرٍ، وعَبالةُ زَوْجٍ، ....

الحاضِرِ، وجزم بعضُهم بأنّ له فرضَ الدراهِمِ ومَرَّ أوّلَ البابِ ما يَرُدُّه وأخذَ منها كفيلاً بما تأخُذُه منه لاحتمالِ عدمِ استحْقاقِها فإنْ لم يكن له مالٌ حاضِرٌ احتمِلَ أنْ يُقال: إنّه يُفْتَرَضُ عليه، أو يأذَنُ لها في الاقتراضِ، وأمّا إذا مَنَعَه من السّيْرِ، أو التوكيلِ عُذْرٌ فلا يَفْرِضُ عليه شيئًا لِعدمِ تقصيرِه، ورجح الأذرَعيُّ، وغيرُه قولَ الإمامِ يُكْتَفَى بعلمِه من غيرِ جِهةِ الحاكِمِ، ولو بإخبارِ مقبولِ الرِّوايةِ (والمعتبَرُ في مجنونةٍ ومُراهقة) قيلَ: الأحسَنُ ومُعْصِرٌ؛ لأنّ المُراهَقةَ وصْفٌ مختَصٌّ بالغُلامِ يُقالُ: غُلامٌ مُراهِقٌ، وجاريةٌ مُعْصِرٌ ومَرَّ ما فيه في النّكاحِ (عَرْضُ وليٍّ) لها لا هي؛ لأنّه المُخاطَبُ بذلك نعم، لو تَسَلَّمَ المُعْصِرَ بعدَ عَرْضِها نفسِها عليه، ونَقَلَها لِمنزلِه لَزِمَه نفقتُها، وبحث الأذرَعيُّ أنّ نَقْلَها لِمنزلِه غيرُ شرطٍ بل الشرطُ التّسليمُ التّامُّ ويظهرُ أنّ عَرْضَها نفسَها عليه غيرُ شرطٍ أيضًا بل متى تَسَلَّمَها، ولو كرْهًا عليها وعلى وليِّها لَزِمَه مُؤْنَتُها، وكذا تجبُ بتَسليمِ بالِغةٍ نفسَها لِزَوجٍ مُراهِقٍ فتَسَلَّمَها، وإنْ لم يأذَنْ وليُّه؛ لأنّ له يَدًا عليها بخلافِ نحوِ مَبيعٍ له.

(وتسقطُ) المُؤَنُ كلُّها (بنُشوزٍ) منها إجماعًا أي: خُروجٍ عن طاعةِ الزوجِ، وإنْ لم تأثَم كصَغيرةٍ ومجنونةٍ، ومُكْرَهةٍ، وإنْ قدَرَ على رَدِّها لِلطّاعةِ فتَرَكَ أي: إلحاقًا بذلك بالجنايةِ، قيلَ: المُرادُ بالسُّقوطِ مَنْعُ الوجوبِ لا حَقيقَتُه إذْ لا يكونُ إلا بعدَ الوجوبِ انتهى، وليس على إطلاقِه بل المُرادُ به هنا حَقيقَتُه إذْ لو نَشَزَتْ أثناءَ يوم، أو ليلٍ سقَطَتْ نفقتُه الواجبةُ بفَجْرِه، أو أثناءَ فصلٍ سقَطَتْ كِسوَتُه الواجبةُ بأوّلِه، ويُعْلَمُ من ذلك سُقوطُها لِما بعدَ يومٍ، وفَصْلِ النُّشوزِ بالأولى، ولو جَهِلَ سُقوطَها بالنُّشوزِ فأنْفقَ رجع عليها إنْ كان مِمّنْ يخفى عليه ذلك كما هو قياسُ نَظائِرِه، وإنّما لم يرجِعْ مَنْ أنْفقَ في نِكاحٍ، أو شراءٍ فاسِدٍ، وإنْ جَهِلَ ذلك؛ لأنّه شَرَعَ في عقدِهِما على أنْ يضمنَ المُؤَنَ بوَضْعِ اليدِ، ولا كذلك هنا ويحصُلُ (ولو) بحَبْسِها ظُلْمًا، أو بحَقٍّ وإنْ كان الحابِسُ وهو الزوجُ إلا إنْ كانت مُعْسِرةً وعلم على الأوجَه، ثمّ رأيت أبا زُرْعةَ أفتى بذلك.

فإنْ قُلْت: ما ذُكِرَ في حَبْسِ الزوجِ لها مُشْكِلٌ؛ لأنّه إذا كان هو الحابِسُ يُمْكِنُه التّمَتُّعُ بها فيه، أو بإخراجِها منه إلى مَحَلٍّ لائِقٍ، ثمّ يُعيدُها إليه قُلْت: كلٌّ من هذينِ فيه مَشَقة عليه فلم يَعُدْ قادِرًا عليها أمّا في الأوّلِ فواضِحٌ، وأمّا في الثاني فلأنّه إذا فعلَ بها ذلك لم يُؤَثِّرْ فيها الحبسُ فلم يُفِدْه شيئًا، فإنْ قُلْت: ما الفرقُ بين هذا وما يأتي أنّه لو طلبها لِلسَّفَرِ معه فأقَرَّتْ بدَيْنٍ فمَنَعَها المُقَرُّ له منه بَقِيَتْ نفقتُها قُلْت: الفرقُ أنّه ثَمَّ ما لم يُسافِرْ يُعَدُّ مُتَمَكِّنًا منها بلا مَشَقة فالامتناعُ إنّما هو منه بخلافِه فيما هنا، وتعيُّنُ السّفَرِ عليه نادِرٌ لا يُعَوَّلُ عليه، أو باعتدادِها لِوَطْءِ شُبهةٍ، أو بغَصْبِها، أو (بمَنْعِ) الزوجةِ لِلزوجِ من نحوِ (لمسٍ)، أو نَظَرٍ بتَغْطيةِ وجهِها، . أو توليةٍ عنه، وإنْ مَكّنَتْه من الجِماعِ (بلا عُذْرٍ)؛ لأنّه حَقُّه كالوطءِ بخلافِه بعُذْرٍ كأنْ كان بفرجِها قُرحةٌ، وعلمتْ أنّه متى لَمَسَها واقَعَها (وعَبالةُ زوجٍ)

أو مَرَضٌ يَضُرُّ معه الوطْءُ عُذْرٌ، والخُروجُ من بَيْتِه بلا إِذْنٍ نُشوزٌ إلّا أنْ يُشْرِفَ على انْهِدامٍ.

بفتحِ العين أي: كِبَرُ ذكرِه بحيثُ لا تحتمِلُه (أو مَرَضٌ) بها (يَضُرُّ معه الوطءُ)، أو نحوُ حيضٍ (عُذْرٌ) في عدمِ التمكينِ من الوطءِ فتَستَحِقُّ المُؤَنَ، وتَثبُتُ عَبالَتُه بأربَعِ نِسوةٍ. فإنْ لم يكن معرِفَتُها إلا بنَظَرِهِنّ إليهما مَكْشوفَي الفرجَين حالَ انتشارِ عُضوِه جازَ ليشهَدْنَ، وليس لها امتناعٌ من زِفافٍ لِعَبالةٍ بخلافِ المرَضِ لِتَوَقُّعِ شِفائِه (والخُروجُ من بيته) أي: من المحَلِّ الذي رَضيَ بإقامَتِها فيه، ولو ببيتها أو بيت أبيها كما هو ظاهرٌ، ولو لِعبادةٍ، وإنْ كان غائبًا بتفصيلِه الآتي (بلا إذْنٍ) منه ولا ظَنِّ رِضاه عِصْيانٌ و(نُشوزٌ) إذْ له عليها حَقُّ الحبسِ في مُقابَلةِ المُؤَنِ، وأخذَ الأذرَعيُّ، وغيرُه من كلامِ الإمامِ أنّ لها اعتمادَ العُرْفِ الدّالِّ على رِضا أمثالِه لِمثلِ الخُروجِ الذي تُريدُه، وهو مُحْتَمَلٌ ما لم يُعْلَم منه غَيرةٌ تقطَعُه عن أمثالِه في ذلك، ومن الإذْنِ قولُه: إنْ لم تخرُجي ضَرَبْتُك فلا يسقُطُ به حَقُّها ما لم يَطْلُبْها لِلرُّجوعِ فتمتَنِعُ كما أفتى به بعضُهم، ويَتعيَّنُ حملُه على امتناعِها عَبَثًا لا خوفًا من ضَرْبه الذي تَوَعَّدَها به إلا إنْ أمّنَها ووَثِقت بصِدْقِه فيما يظهرُ (إلا أنْ يُشرِفَ) البيتُ أي: أو بعضُه الذي يُخْشَى منه كما هو ظاهرٌ (على انهِدامٍ) وهل يكفي قولُها خَشيت انهِدامَه، أو لا بُدَّ من قرينةٍ تَدُلُّ عليه عادةً؟ كلٌّ مُحْتَمَلٌ والثاني أقرَبُ، أو تَخافُ على نفسِها، أو مالِها كما هو ظاهرٌ من فاسِقٍ، أو سارِقٍ.

ويظهرُ أنّ الاختصاصَ الذي له وقعٌ كذلك، أو تحتاجُ للخُروجِ لِقاضٍ لِطَلَبِ حقِّها، أو الخُروجِ لِتعلُّمٍ، أو استفْتاءٍ لم يُغْنِها الزوجُ الثِّقة أي: أو نحوُ محرَمِها كما هو ظاهرٌ عنه، ويظهرُ أنّها لو احتاجَتْ للخُروجِ لِذلك وخَشيَ عليها منه فتنةً والزوجُ غيرُ ثِقة، أو امتنع من أنْ يُعْلِمَها، أو يسألَ لها أجبَرَه القاضي على أحدِ الأمرَين، ولو بأنْ يخرُجَ معها أو يستأجِرَ مَنْ يسألُ لها، أو يُخْرِجَها مُعيرُ المنزلِ، أو مُتعدٍّ ظُلْمًا، أو يُهَدِّدُها بضَرْبٍ مُمْتَنِعٍ فتخرُجُ خوفًا منه فخُروجُها حينئذٍ غيرُ نُشوزٍ للعُذْرِ فتَستَحِقُّ النّفَقة ما لم يَطْلُبْها لِمنزلٍ لائِقٍ فتمتَنِعُ ويظهرُ تصديقُها في عُذْرٍ ادَّعَته إنْ كان مِمّا لا يُعْلَمُ إلا منها كالخوفِ مِمّا ذُكِرَ، وإلا احتاجَتْ إلى إثباته.

وقد يُشْكِلُ ما ذُكِرَ هنا من إخراجِ المُتعدّي لها بحَبْسِها ظُلْمًا إلا أنْ يُفرَّقَ بأنّ نحوَ الحبسِ مانِعٌ عُرْفًا بخلافِ مُجَرَّدِ إخراجِها من منزلِها، ومن النُّشوزِ أيضًا امتناعُها من السَّفَرِ معه، ولو لِغيرِ نُقْلةٍ كما هو ظاهرٌ لكن بشرطِ أمنِ الطّريقِ والمقصِدِ، وأنْ لا يكون السَّفَرُ في البحرِ المِلْحِ إلا إنْ غلبتْ فيه السّلامةُ، ولم يخشَ من رُكوبه ضَرَرًا يُبيحُ التّيَمُّمَ، أو يَشُقُّ مَشقة لا تُحْتَمَلُ عادةً. وعلى هذا التّفصيلِ الذي ذكرَه البُلْقينيُّ، واعتمده غيرُه يُحْمَلُ إطلاقُ جمعٍ منهم القفّالُ وابنُ الصّلاحِ المنْعَ، وجَرى عليه في الأنوارِ وكذا الإسنَويُّ بل زاد أنّه يحرُمُ إرْكابُها، ولو بالِغةً ولو طلبها لِلسَّفَرِ فأقَرَّتْ بدَيْنٍ عليها ليمنعَها الدّائِنُ منه بطَلَبِ حَبْسِها، أو التّوَكُّلِ بها فالقياسُ صِحّةُ الإقرارِ ظاهرًا لكن يظهرُ أنّ لِلزوجِ تَحْليفَ المُقَرِّ له أنّ الإقرارَ عن حَقيقة، ثمّ رأيت شُرَيْحًا الرّويانيَّ صرّح بصحّةِ الإقرارِ، واعتمده الأذرَعيُّ وغيرُه قال الأذرَعيُّ: لكن لو أقامَ بَيِّنةً بأنّها أقَرَّتْ فِرارًا من السَّفَرِ فوجهانِ وقَبولُه

وَسَفَرُها بِإِذْنِه معه أو لِحاجَتِه لا يُسْقِطُ ولِحاجَتِها يَسْقُطُ في الأَظْهَرِ. ولو نَشَزَتْ فَغابَ فأَطاعَتْ لم تَجِبْ في الأَصَحِّ ....

بَعيدٌ إلا إنْ تَوَفَّرَت القرائِنُ بحيثُ تَقارَبَ القطعُ فهو مُحْتَمَلٌ، وقد يعرِفونَه بإقرارِها، أو بإقرارِ الغريمِ انتهى. وتخطِئَةُ التّاجِ الفزاريِّ ما ذكرَه شُرَيْحٌ بأنّ حَقَّ الزوجِ لا يسقُطُ بإقرارِها غيرُ صحيحةٍ؛ لأنّ الإقرارَ إخبارٌ عن حَقٍّ سابِقٍ فالمدارُ فيه على الظّواهِرِ لا غيرُ كيف وإقرارُ المُفْلِسِ بعدَ الحجْرِ بدَيْنٍ قبْلَه صحيحٌ مع ظُهورِ المواطَأةِ فيه غالِبًا، ولم ينظُروا إليها، ثمّ رأيتني ذكرْت ذلك أواخِرَ التّفْليسِ بزيادةٍ فراجِعْه. وإقرارُها بإجارةِ عَيْنٍ سابِقة على النّكاحِ كهو بالدّين ولو كان لها عليه مهرٌ فلها الامتناعُ من السّفَرِ معه حتى يوَفّيَها كما أفادَه قولُ القفّالِ في فتاويه إذا دَفع لامرأته صَداقَها فليس لها الامتناعُ من السّفَرِ معه والقاضي في فتاويه للوَليِّ حملُ موَلّيَته من بَلَدِ الزوجِ إلى بَلَدِه حتى يقبِضَ مهرَها قال الزّركشيُّ وابنُ العِمادِ: وقياسُه أنّ لِبالِغةٍ زَوَّجَها الحاكِمُ ولم يُعْطِها الزوجُ مهرَها السّفَرَ لِبَلَدِها مع محرَمٍ لكن تَوَقَّفَ الأذرَعيُّ فيما قاله القاضي فهذه أولى والذي يُتَّجَه في دَينها عليه الحالِّ المهرُ وغيرُه أنّه عُذْرٌ في امتناعِها من السّفَرِ؛ لأنّه إذا جازَ لها مَنْعُه منه فأولى مَنْعُه من إجبارِها عليه، ويُلْحَقُ المُعْسِرُ بالموسِرِ في ذلك فيما يظهرُ فأمّا سفَرُ الوليِّ، وسَفَرُها المذكورانِ فالوجه امتناعُهما إلا في مهرٍ جازَ لها حَبْسُ نفسِها لِتقبِضَه.

(وسَفَرُها بِإِذْنِه معه) ولو لِحاجَتِها، أو حاجةِ أجنَبيٍّ (أو) بإذْنِه وحدَها (لحاجَته) ولو مع حاجةِ غيرِه على ما يأتي (لا يُسقِطُ) مُؤَنَها؛ لأنّها مُمَكِّنةٌ وهو المُفَوِّتُ لِحَقِّه في الثانيةِ، وخرج بقولِه: بإذْنِه سفَرُها معه بدونِه لكن صَحَّحا وجوبَها هنا أيضًا؛ لأنّها تحتَ حكمِه، وإنْ أثِمت، وبحث الأذرَعيُّ أنّ مَحَلَّه إنْ لم يمنعْها وإلا فناشِزةٌ قال البُلْقينيُّ: وهو التحقيقُ لَكِنّه قيّدَه بقولِه: ولم يقدِرْ على رَدِّها والظّاهِرُ أنّه مُجَرَّدُ تصويرٍ لِما مَرَّ أنّه لا فرقَ بين قُدْرَته على رَدِّها لِطاعَته وإنْ لا (و) سفَرُها (لِحاجَتِها)، أو حاجةِ أجنَبيٍّ بإذْنِه لا معه (يَسقِطُ) مُؤَنَها (في الأظهرِ) لِعدمِ التمكينِ أمّا بإذْنِه لِحاجَتِهما فمقتضى قولِهم في إنْ خَرَجْت لِغيرِ الحمّامِ فأنت طالِقٌ فخرجتْ له، ولِغيرِه لم تَطْلُقْ عدمُ السُّقوطِ، وقولُهم: لو ارتَدّا مَعًا لا مُتْعةَ لها السُّقوطُ واعتمده البُلْقينيُّ وغيرُه، ونصُّ الأُمِّ والمختَصَرِ ظاهرٌ فيه وفي الجواهِرِ وغيرِها عن الماوَرْديِّ وأقرّوه لو امتنعتْ من النُّقْلةِ معه لم تجب النّفَقة إلا إنْ كان يتمَتَّعُ بها في زَمَنِ الامتناعِ فتجبُ، ويَصيرُ تَمَتُّعُه بها عفْوًا عن النُّقْلةِ حينئذٍ انتهى، وقضيّتُه جَرَيانُ ذلك في سائِرِ صوَرِ النُّشوزِ وهو مُحْتَمَلٌ، ونوزِعَ فيه بما لا يُجْدي وما مَرَّ في مُسافِرةٍ معه بغيرِ إذْنِه من وجوبِ نفقتها لِتمكينِها، وإنْ أثِمت بعِصْيانِه صريحٌ فيه، وظاهرُ كلامِ الماوَرْديِّ أنّها لا تجبُ إلا زَمَنَ التّمَتُّعِ دون غيرِه نعم، يكفي في وجوبِ نفقةِ اليومِ تَمَتُّعُ لَحظةٍ منه بعدَ النُّشوزِ، وكذا اللّيْلُ.

(ولو نَشَزَتْ) كأنْ خرجتْ من بيته (فغابَ فأطاعَتْ) في غَيْبَته بنحوِ عَوْدِها لِبيته (لم تجبْ) مُؤَنُها ما دامَ غائِبًا (في الأصحّ) لِخُروجِها عن قبضَته فلا بُدَّ من تجديدِ تَسليمٍ، وتَسَلُّمٍ، ولا يحصُلانِ مع

وطَرِيقُها أنْ يَكْتُبَ الحاكِمُ كما سَبَقَ. ولو خرجتْ في غَيْبَتِه لِزيارةٍ ونَحْوِها لم تَسْقُطْ، والأظْهَرُ أنْ لا نَفَقةَ لِصَغيرةٍ وأنّها تَجِبُ لِكَبيرةٍ على صَغيرٍ. وإحْرامُها بحَجٍّ أو عُمرةٍ بلا إذْنٍ نُشوزٌ إنْ لم يَملِكْ تَحليلَها، فإنْ مَلَكَ فلا ....

الغيْبةِ، وبه فارَقَ نُشوزَها بالرِّدّةِ فإنّه يَزولُ بإسلامِها مُطْلَقًا لِزَوالِ المُسقِطِ، وأخذَ منه الأذرَعيُّ أنّها لو نَشَزَتْ في المنزلِ، ولم تخرُجْ منه كأنْ مَنَعَتْه نفسَها فغابَ عنها ثمّ عادَتْ لِلطّاعةِ عادَتْ نفقتُها من غيرِ قاضٍ وهو كذلك على الأصحِّ قال: وحاصِلُ ذلك الفرقُ بين النُّشوزِ الجليِّ والنُّشوزِ الخفيِّ انتهى. ويُتَّجه أنّ مُرادَه بعَوْدِها لِلطّاعةِ إرْسالُ إعلامِه بذلك بخلافِ نظيرِه في النُّشوزِ الجليِّ وإنّما قُلْنا ذلك؛ لأنّ عَوْدَها لِلطّاعةِ من غيرِ علمِه بَعيدٌ كما هو ظاهرٌ وهل إشهادُها عندَ غَيْبَته وعدم حاكِمٍ كإعلامِه؟ فيه نَظَرٌ وقياسُ ما مَرَّ في نَظائِرِه نعم، (وطَريقُها) في عَوْدِ الاستحْقاقِ (أنْ يَكْتُبَ الحاكِمُ كما سبَقَ) في ابتداءِ التّسليمِ فإذا علم وعادَ، أو أرسَلَ مَنْ يتسلّمُها أو تَرَكَ ذلك لِغيرِ عُذْرٍ عادَ الاستحْقاقُ.

(فرعٌ): التَمَسَتْ زوجةُ غائِبٍ من القاضي أنْ يَفْرِضَ لها فرضًا عليه اشتُرِطَ ثُبوتُ النّكاحِ، وإقامَتُها في مسكنِه، وحَلِفُها على استحْقاقِ النّفَقةِ وأنّها لم تقبِضْ منه نفقةً مُستقبَلةً فحينئذٍ يَفْرِضُ لها عليه نفقةَ مُعْسِرٍ حيثُ لم يَثْبُتْ أنّه غيرُه، ويظهرُ أنّ مَحَلَّ ذلك إنْ كان له مالٌ حاضِرٌ بالبلَدِ تُريدُ الأخذَ منه، وإلا فلا فائِدةَ للفرضِ إلا أنْ يُقال: له فائِدةٌ هي مَنْعُ المُخالِفِ من الحكمِ بسُقوطِها بمُضيِّ الزّمانِ، وأيضًا فيُحْتَمَلُ ظُهورُ مالٍ له بعدُ فتأخُذُ منه من غيرِ احتياجٍ لِرَفْعٍ إليهِ.

(ولو خرجتْ) لا على وجه النُّشوزِ (في غَيْبَته) عن البلَدِ بلا إذْنِه (لزيارةٍ) لِقَريبٍ لا أجنَبيٍّ أو أجنَبيّةٍ على الأوجَه، وقضيّةُ التعبيرِ هنا بالقريبِ وبالأهلِ الواقعِ في كلامِ الشّارحِ وتَبِعَه شيخُنا في شرحِ مَنْهَجِه أنّه لا فرقَ بين المحرَمِ، وغيرِه لَكِنّ قضيّةَ تعبيرِ الزّركشيِّ بالمحارِمِ، وتَبِعَه في شرحِ الروضِ تقييدُه بالمحرَمِ وهو مُتَّجِهٌ (ونحوِها) كعيادةٍ لِمَنْ ذُكِرَ بشرطِ أنْ لا يكون في ذلك ريبةٌ بوجهٍ فيما يظهرُ (لم تسقط) مُؤَنُها بذلك؛ لأنّه لا يُعَدُّ نُشوزًا عُرْفًا وظاهرٌ أنّ مَحَلَّ ذلك ما لم يمنعْها من الخُروجِ قبلَ سفَرِه أو يُرْسِلْ لها بالمنعِ. (والأظهرُ أنْ لا نفقةَ) ولا مُؤْنةَ (لِصَغيرةٍ) لا تحتَمِلُ الوطءَ، وإنْ سلّمت له؛ لأنّ تعذُّرَ وطْئِها لِمعنًى فيها، وليستْ أهلًا لِلتّمَتُّعِ بغيرِه وبه فارَقت المريضةَ، ونحوَ الرّتْقاءِ (و) الأظهرُ (أنّها تجبُ لِكبيرةٍ) أي: لِمَنْ يُمْكِنُ وطْؤُها، وإنْ لم تبلُغْ كما هو ظاهرٌ (على صَغيرٍ) لا يُمْكِنُ وطْؤُه إذا عَرَضَتْ على وليِّه؛ لأنّ المانِعَ من جهته. (وإحرامُها بحَجٍّ، أو عُمْرةٍ)، أو مُطْلَقًا (بلا إذْنٍ) منه (نُشوزٌ إنْ لم يملكْ تَحليلها) على قولٍ في الفرضِ؛ لأنّ المانِعَ منها ومع كونِه نُشوزًا ليس تعاطيه حرامًا عليها لِخطرِ أمرِ النُّسُكِ، وبه فارَقَ ما يأتي في الصوم (وإنْ مَلَك) تَحليلها بأنْ أحرَمت ولو بفرضٍ على المعتمدِ (فلا) يكونُ إحرامُها نُشوزًا فلها المُؤَنُ؛ لأنّها في قبضَته وهو قادِرٌ على تَحليلِها والتّمتُّعِ بها فإذا تَرَكَ فقد فوّتَ على نفسِه فإنْ قُلْت: هذا يُشْكِلُ بما يأتي في الصومِ أنّه يُهابُ إفسادُ العبادةِ قُلْت يُفرَّقُ بأنّ الصومَ يتكرَّرُ فلو أمَرْناه بالإفسادِ لَتَكرَّرَ منه وفي ذلك ما يُهيبُ بخلافِ

حتّى تَخْرُجَ فَمُسافِرةٌ لِحاجَتِها، أو بإذْنٍ فَفي الأَصَحِّ لَها نَفَقةٌ ما لم تَخْرُجْ. وَيَمنَعُها صَوْمُ نَفْلٍ فإنْ أَبَتْ فَناشِزةٌ في الأَظْهَرِ، والأَصَحُّ أنّ قَضاءَه لا يَتَضَيَّقُ ....

الإحرامُ؛ لأنّه نادِرٌ فلا تقوى مَهابَتُه وأيضًا فالزّمَنُ ثَمَّ قريبٌ فتقوى الهَيْبةُ حينئذٍ بخلافِه هنا غالبًا (حتى تخرُجَ فمُسافِرةٌ لِحاجتها) فإنْ كان معها استحَقَّتْ، وإلا فلا تَعُمُّ مَنْ أفْسَدَ حَجَّها الذي أَذِنَ فيه بجماعٍ يلزمُها الإحرامُ بقَضائِه فورًا والخُروجُ له، ولو بلا إذْنِه وحينئذٍ يلزمُه مُؤَنُها بل، والخُروجُ معها (أو) أحرَمت (بإذْنٍ) منه (ففي الأصحّ لها نفقةٌ ما لم تخرُجْ)؛ لأنّها في قبضَته وفَواتُ التّمَتُّعِ نَشأَ من إذْنِه فإنْ خرجتْ فكما تقرّر، ولو آجَرَتْ عَيْنَها قبلَ النّكاحِ لم يتخيَّرْ، ويُقَدَّمُ حَقُّ المُستأجِرِ لكن لا مُؤْنةَ لها مُدّةَ ذلك كذا أطلقَه شارِحٌ هنا وفيما مَرَّ آنِفًا وهو مُشْكِلٌ؛ لأنّ قضيّةَ ما مَرَّ أنّ نفقتَها لا تسقطُ مُدّةَ الإجارةِ، وهذا بخلافِه، وقد يُجابُ بتقديرِ أنّ الأمرَ كذلك عندَهم بحملِ هذا على ما إذا ثَبَتَ بالبيِّنةِ، وذاك بالإقرارِ والفرقُ أنّ الإقرارَ أقوى فأُثِّرَ وجوبُ النّفَقة بخلافِ البيِّنةِ هذا والذي يَتَّجِه ترجيحُه أنّه لا مُؤنةَ لها مُدّةَ الإجارةِ مُطْلَقًا، ويُفَرَّقُ بينه وبين الإقرارِ بالدّين بأنّه لا حائِلَ، ثمّ بينها وبين الزوجِ؛ لأنّه يُمْكِنُه تركُ السّفَرِ والتّمَتُّعُ بها كما مَرَّ، وأمّا هنا فيَدُ المُستأجِرِ حائِلةٌ فمُنِعَت النّفَقة ثمّ رأيت أنّ المنقولَ الذي سكتا عليه سُقوطُ نفقتها هنا، وإنْ مَكّنَه المُستأجِرُ منها لأنّه وعْدٌ لا يلزمُ مع ما فيه من المِنّةِ، ولم يَتعرَّضوا للفرقِ بين الإقرارِ والبيّنةِ وهو صريحٌ فيما ذكرْته، ورأيت شيخَنا فرَّقَ بينه وبين عدمِ سُقوطِها بنذرِها الصومَ، أو الاعتكافَ المُعَيَّنَ قبلَ النّكاحِ بعَينِ ما فرَّقْت به وهو أنّ هنا يَدًا حائِلةً بخلافِ تَينِك.

(ويمنعُها) إنْ شاءَ (صومَ) أو نحوَ صلاةٍ أو اعتكافِ (نفلٍ) ابتداءً وانتهاءً ولو قبلَ الغُروبِ لأنّ حَقَّه مُقَدَّمٌ عليه لِوجوبِه عليها، وإنْ لم يُرِدِ التّمَتُّعَ بها على الأوجَه؛ لأنّه قد يَطْرَأُ له إرادتُه فيَجِدُها صائِمةً فيتضَرَّرُ (فإنْ أبتْ) وصامت، أو أتَمَّتْ غيرَ نحوِ عَرَفة وعاشوراءَ، أو صَلَّتْ غيرَ راتبةٍ (فناشِزةٌ في الأظهرِ) فتسقطُ جميعُ مُؤَنٍ ما صامته لامتناعِها من التمكينِ الواجبِ عليها، ولا نَظَرَ إلى تَمَكُّنِه من وطْئِها، ولو مع الصومِ؛ لأنّه قلْبيَهابُ إفسادَ العبادةِ فيتضَرَّرُ، ومن ثَمَّ حَرُمَ صومُها نفلًا، أو فرضًا موَسَّعًا وهو حاضِرٌ من غيرِ إذْنِه، أو علم رِضاه وظاهرُ امتناعِه مُطْلَقًا إنْ أضرَّها، أو ولَدَها الذي تُرْضِعُه، وأخذَ أبو زُرْعةَ من هذا التعليلِ أنّها لو اشتَغَلَتْ في بيته بعَمَلٍ، ولم يمنعْه الحياءُ من تبطيلِها عنه كخياطةٍ بَقِيَتْ نفقتُها. وإنْ أمَرَها بتركِه فامتنعتْ إذْ لا مانِعَ من تَمَتُّعِه بها أيَّ وقتٍ أرادَ بخلافِ نحوِ تعليمِ صِغارٍ؛ لأنّه يستَحْيِي عادةً من أخذِها من بَينِهِنّ، وقَضاءِ وطَرِه منها فإذا لم تنتَه بنَهْيِه فهي ناشِزةٌ، أمّا نحوُ عَرَفة وعاشوراءَ فلها فعلُهما بغيرِ إذْنِه كرَواتبِ الصّلاةِ بخلافِ نحوِ الاثنين، والخميسِ وبه يُخَصُّ الخبرُ الحسَنُ «لا تَصومُ المرأةُ يومًا سِوَى شهرِ رَمَضانَ وزوجُها شاهِدٌ إلا بإذْنِه» ولو نَكَحَها صائِمةً تَطَوُّعًا لم يُجْبِرْها على الفطرِ لَكِنّ الأوجَهَ سُقوطُ مُؤَنِها (والأصحُّ إنّ قضاءَ لا يتضَيّقُ) لِكونِ الإفطارِ بعُذْرٍ مع اتّساعِ الزّمَنِ، وقد تَشْمَلُ عبارَتُه قضاءَ الصّلاةِ فيُفَصَّلُ فيه بين التّضْييقِ

كَنَفْلٍ فيَمنعُها، وأنّه لا مَنْعَ من تَعْجيلِ مَكْتوبةٍ أوَّلَ وقْتٍ، وسُنَنٍ راتِبةٍ. وتَجِبُ لِرَجْعيّةٍ المُؤَنُ إلّا مُؤْنةَ تَنظُّفٍ. فلو ظَنّتْ حامِلاً فأنْفقَ فبانَتْ حائِلاً استَرْجَعَ ما دَفَعَ بعد عِدَّتِها. والحائِلُ البائِنُ بخُلْعٍ أو ثَلاثٍ لا نَفَقةَ لَها ولا كِسْوةَ، ....

وغيرِه وهو الأوجَه (كنفلٍ فيمنعُها) منه قبلَ الشُّروعِ فيه وبعدَه من غيرِ إذْنِه؛ لأنّه مُتَراخٍ وحَقُّه فوْريٌّ، بخلافِ ما تَضيقُ لِلتَّعَدّي بإفطارِه، أو لِضيقِ زَمَنِه بأنْ لم يَبْقَ من شَعْبانَ إلا ما يَسَعُه فلا يمنعُها منه، ونفقتُها واجبةٌ لكِنّه مُشْكِلٌ في صورةِ التَّعَدّي؛ لأنّ المانِعَ نَشأ عن تقصيرِها، وله مَنْعُها من صومِ نذرٍ مُطْلَقٍ كمُعَيَّنٍ نَذَرَتْه في نِكاحِه بلا إذْنِه وصومِ كفّارةٍ ولو من إتمامِه، وإنْ شَرَعَتْ فيه قبلَ مَنْعِه على الأوجَه، ويُؤْخَذُ مِمّا ذُكِرَ في المُتعدّيةِ بالإفطارِ أنّ المُتعدّيةَ بسببِ الكفّارةِ لا يمنعُها، وتَستَحِقُّ النّفَقة. وأفتى البُرْهانُ الفزاريّ في مُسافِرين برَمَضانَ بأنّه لا يمنعُها من صومِه قال الأذرَعيُّ، وتَبِعَه الزّركشيُّ: وهو مُتَّجَهٌ إنْ لم يكن الفطرُ أفْضَلَ انتهى قيلَ وهو أوجَه مِمّا نُقِلَ عن الماوَرْديِّ المُخالِفِ لِذلك انتهى. ويُؤَيِّدُه قولُهم: (و) الأصحُّ (أنّه لا مَنْعَ من تعجيلِ مَكْتوبةٍ أوّلَ الوقت) لِحيازةِ فضيلَته، وأخذَ منه الزّركشيُّ وغيرُه أنّ له المنْعَ إذا كان التّأخيرُ أفْضَلَ، وبحث الأذرَعيُّ أنّ له المنْعَ من تَطْويلٍ زائِدٍ بل تقتَصِرُ على أكمَلِ السُّنَنِ، والآدابِ وفارَقَ ما مَرَّ في الإحرامِ بطولِ مُدَّته (و) لا من (سُنَنٍ راتِبةٍ) ولو أوّلَ وقتها لِتأكُّدِها مع قِلّةِ زَمَنِها ومن ثَمَّ جازَ له مَنْعُها من تَطْويلِها بأنْ زادتْ على أقَلِّ مُجْزِئٍ فيما يظهرُ، ويُحْتَمَلُ اعتبارُ أدْنَى الكمالِ؛ لأنّهم راعَوْا هنا فضيلةَ أوّلِ الوقت فلا تبعُدُ رِعايةُ هذا أيضًا ومَرَّ أوّلَ مُحَرَّمات النّكاحِ أنّ العبرةَ في المسائِلِ المختَلَفِ فيها بعقيدَته لا بعقيدَتها.

(ويجبُ) إجماعًا (لِرجعيّةٍ) حُرّةٍ، أو أمةٍ ولو حائِلاً (المُؤَنُ) السّابِقُ وجوبُها لِلزوجةِ لِبَقاءِ حَبْسِ الزوجِ وسَلْطَنَته نعم، لو قال: طَلَّقْتُ بعدَ الوِلادةِ فلي الرّجعةُ، وقالتْ بل قبلها فلا رَجْعةَ لَك صُدِّقَ بيَمينِه في بَقاءِ العِدّةِ، وثُبوت الرّجعةِ ولا مُؤَنَ لها؛ لأنها تُنكِرُ استحْقاقَها، وأُخِذَ منه أنّها لا تجبُ لها، وإنْ راجَعَها، وكذا لو ادَّعَتْ طلاقًا بائِنًا فأنكره فلا مُؤَنَ لها كما قاله الرّافِعيُّ وجعله أصلاً مَقيسًا عليه، ويظهرُ أنّ مَحَلَّه كالذي قبله ما لم تُصَدِّقْه (إلا مُؤَنَ تَنظُّفٍ) لانتفاءِ موجِبِها من غَرَضِ التّمَتُّعِ (فلو ظَنّتْ) الرّجْعيّةُ (حامِلاً فأنْفَقَ) عليها (فبانَتْ حائِلاً استرجَعَ) منها (ما دفعه) لها (بعدَ عِدَّتها)؛ لأنّه بانَ أنْ لا شيءَ عليه بعدَها، وتُصَدَّقُ في قدرِ أقرائِها، وإنْ خالَفَت عادَتَها، وتَحْلِفُ إنْ كذَّبَها فإنْ لم تَذْكُرْ شيئًا، وعُرِفَ لها عادةٌ مُتَّفِقة عُمِلَ بها، أو مختَلِفة فالأقَلُّ وإلا فثلاثةُ أشهرٍ، ولو وقَعَ عليه طلاقٌ باطِنًا ولم يعلم به فأنْفَقَ مُدّةً، ثمّ علم لم يرجعْ بما أنْفقَه على الأوجَه كما لو أنْفَقَ على مَنْ نَكَحَها فاسِدًا بجامِعِ أنّها فيهما محبوسةٌ عندَه، وإنْ لم يستمتع بها كما اقتضاه إطلاقُهم، ومَحَلُّ رُجوعِ مَنْ أنْفَقَ بظَنِّ الوجوبِ حيثُ لا حَبْسَ منه. (والحائِلُ البائِنُ بخُلْعٍ) أو فسخٍ، أو انفِساخٍ بمُقارِنٍ، أو عارِضٍ خلافًا لِمَنْ وهِمَ فيه (أو ثلاثٍ لا نفقةَ) لها (ولا كِسوةَ) لها قطعًا للخبرِ المُتَّفَقِ عليه بذلك ولانتفاءِ سلْطَنَته عليها وإنّما وجَبَتْ لها السُّكْنَى لأنّها لِتَحْصينِ الماءِ الذي لا يَفْتَرِقُ بوجودِ

ويَجِبانِ لِحامِلٍ لَها، وفي قولٍ للحَملِ، فَعلى الأوَّلِ لا تَجِبُ لِحامِلٍ عن شُبْهةٍ أو نِكاحٍ فاسِدٍ. قُلْت: ولا نَفَقةَ لِمُعْتَدّةِ وفاةٍ وإنْ كانتْ حامِلاً، واللّه أعْلمُ. وَنَفَقةُ العِدّةِ مُقَدَّرةٌ كَزَمَنِ النِّكاحِ، وقيلَ تَجِبُ الكِفايةُ، ولا يَجِبُ دَفْعُها قبلَ ظُهورِ حَملٍ، فإذا ظَهَرَ وجَبَ يَوْمًا بيَوْمٍ، وقيلَ حتّى تَضَعَ، ولا تَسْقُطُ بمُضيِّ الزّمانِ على المذْهَبِ.

فَصْلٌ

أعْسَرَ بها فإنْ صَبَرَتْ صارَتْ ....

الزوجيّةِ، وعدمِها (ويجبانِ) كالخادمِ والأُدْمِ (لِحامِلٍ) بائنٍ لِآيةِ ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ﴾ [الطلاق:٦] ولأنّه كالمُستمتعِ برَحِمِها لاشتغالِه بمائِه نعم، البائِنُ بفسخٍ، أو انفِساخٍ بمُقارنٍ للعقدِ كعَيْبٍ، أو غُرورٍ لا نفقةَ لها مُطْلَقًا على ما قالاه في الخيارِ؛ لأنّه رَفْعٌ للعقدِ من أصلِه، والوجوبُ إنّما هو (لها) لَكِنْ سبَبَ الحملِ؛ لأنّها تَلْزَمُ المُعْسِرَ وتَتَقَدَّرُ، وتسقطُ بالنُّشوزِ كإبائِها عن أنْ تَسكُنَ فيما عَيَّنَه لها وهو لائِقٌ، أو خُروجِها منه لِغيرِ عُذْرٍ ولا تسقطُ بمُضيِّ الزّمانِ ولا بموته أثناءَها لأنّه يُغْتَفَرُ في الدّوامِ ما لا يُغْتَفَرُ في الابتداءِ والقولُ في تأخُّرِ الوِلادةِ قولُ مُدَّعيه (وفي قولٍ للحملِ) لِتَوَقُّفِ الوجوبِ عليه (فعلى الأوّلِ لا يجبُ لِحامِلٍ عن شُبهةٍ، أو نِكاحٍ فاسِدٍ) إذْ لا نفقةَ لها حالةَ الزوجيّةِ فبعدَها أولى (قُلْت ولا نفقةَ) ولا مُؤنةَ (لِمُعتَدّةِ وفاةٍ) ومنها أنْ يَموتَ الزوجُ وهي في عِدّةِ طلاقٍ رجعيٍّ (وإنْ كانت حامِلًا واللّه أعلمُ) لِصِحّةِ الخبرِ بذلك. (ونفقةُ العِدّةِ) ومُؤْنتُها كمُؤْنةِ زوجةٍ في جميعِ ما مَرَّ فيها فهي (مُقَدَّرةٌ كزَمَنِ النكاحِ)؛ لأنّها من لَواحقِه (وقيلَ تجبُ الكِفايةُ) بناءً على أنّها للحملِ (ولا يجبُ دَفْعُها) لها (قبلَ ظُهورِ حملٍ) سواءٌ أجعلْناها لها أم له لِعدمِ تَحَقُّقِ سبَبِ الوجوبِ نعم، اعترافُ ذي العِدّةِ بوجودِه كظُهورِه مُؤاخَذةً له بإقرارِه (فإذا ظهر) الحملُ، ولو بقولِ أربَعِ نِسوةٍ (وجَبَ) دَفْعُها لِما مَضى من حينِ العُلوقِ فتأخُذُه ولِما بَقيَ (يومًا بيوم) إذْ لو تأخَّرَتْ للوَضْعِ تَضَرَّرَتْ (وقيلَ حتى تَضَعَ) لِلشَّكِّ فيه ورَدّوه بأنّ الأصحَّ أنّ الحملَ يُعْلَمُ، ولو قبلَ سِتّةِ أشهرٍ (ولا تسقطُ بمُضيِّ الزّمانِ على المذهبِ)، وإنْ قُلْنا إنّها للحملِ؛ لأنّها المُنْتَفِعةُ بها.

(فرعٌ): حكم حَنَفيٌّ لِبائِنٍ بنفقةِ العِدّةِ، وقَرَّرَ لها في مُقابَلَتِها قدرًا، ثمّ ظهر بها حملٌ فلها إنْ لم يتناوَلْ حكمُه الكِسوةَ عندَه الرّفْعُ لِشافِعيٍّ ليحكُمَ لها بها، وأفتى أبو زُرْعةَ في شافِعيٍّ حكم لِبائِنٍ حائِلٍ أنّه لا نفقةَ لها بأنّ حكمَه إنّما يتناوَلُ يومَ الدعوى وما قبله دون ما بعدَه؛ لأنّه لم يدخلْ وقتُه، ومَرَّ عنه نظيرُ ذلك آخِرَ الوُقوفِ مع المُنازعةِ فيه، ومَحَلُّه إنْ حكم بموجِبِ البَيْنونةِ لا بالسُّقوطِ؛ لأنّه إنّما يتناوَلُ ما وجَبَ بخلافِ الموجِبِ.

فصل في حكمِ الإعسارِ بمُؤَنِ الزوجةِ

إذا (أعسَرَ) الزوجُ (بها) أي: النّفَقة (فإنْ صَبَرَتْ) زوجَتُه ولم تُمَتِّعْه تَمَتُّعًا مُباحًا (صارتْ) كسائِرِ

دَيْنًا عليه، وإلّا فَلَها الفسخُ على الأظْهَرِ. والأصَحُّ أنْ لا فَسْخَ بمَنْعِ موسِرٍ حَضَرَ أو غابَ، ولو حَضَرَ وغابَ مالُه، فإنْ كان بمَسافةِ القصْرِ فَلَها الفسخُ وإلّا فلا، ويُؤْمَرُ بالإحْضارِ، ولو تَبَرَّعَ رَجُلٌ بها لم يَلْزَمها القبولُ، وقُدْرَتُه على الكسْبِ ....

المُؤَنِ ما عدا المسكنَ لِما مَرَّ أنّه أمتاعٌ (دَيْنًا عليه)، وإنْ لم يَفرِضْها قاضٍ؛ لأنّها في مُقابَلةِ التمكينِ (وإلا) تَصيرُ ابتداءً أو انتهاءً بأنْ صَبَرَتْ، ثمّ أرادَت الفسخَ كما سيُعْلَمُ من كلامِه (فلها الفسخُ) بالطّريقِ الآتي (على الأظهرِ) لِخبرِ الدّارَقُطْنيّ والبيْهَقيّ في الرّجُلِ لا يَجِدُ شيئًا يُنْفِقُ على امرأته يُفرَّقُ بينهما، وقَضى به عمرُ رضي الله عنه ، ولم يُخالِفه أحدٌ من الصّحابةِ وقال ابنُ المُسيِّبِ: إنّه من السُّنّةِ وهو أولى من الفسخِ بنحوِ العُنّةِ، ولا فسخَ بالعجْزِ عن نفقةٍ ماضيةٍ، أو عن نفقةِ الخادِمِ نعم، تَثبُتُ في ذِمَّته قال الأذرَعيُّ بَحْثًا: إلا مَنْ تخدُمُ لِنحوِ مَرَضٍ فإنّها في ذلك كالقريبِ (والأصحُّ) أنّه (لا فسخَ بمَنْعِ موسِرٍ)، أو مُتَوَسِّطٍ كما يُفْهِمُه قولُه الآتي: وإنّما إلى آخِرِه (حَضَرَ، أو غابَ) لِتَمَكُّنِها منه ولو غائبًا كما له بالحاكِمِ فإنْ فُرِضَ عَجْزُه عنه فنادِرٌ، واختارَ كثيرون في غائبٍ تعذَّرَ تَحْصيلُها منه الفسخَ، وقَوّاه ابنُ الصّلاحِ قال: كتعذُّرِها بالإعسارِ والفرقُ بأنّ الإعسارَ عَيْبٌ فرقٌ ضعيفٌ انتهى.

والمعتمدُ ما في المتنِ ومن ثَمَّ صرّح في الأُمِّ بأنّه لا فسخَ ما دامَ موسِرًا، وإن انقَطَعَ خبرُه وتعذَّرَ استيفاءُ النّفَقة من مالِه والمذهبُ نُقِلَ كما قاله الأذرَعيُّ فجَزْمُ شيخِنا في شرحِ مَنْهَجِه بالفسخِ في مُنْقَطِعِ خبرٍ لا مالَ له حاضِرٌ مُخالِفٌ للمنقولِ كما عَلِمْت، ولا فسخَ بغَيْبةِ مَنْ جُهِلَ حالُه يَسارًا أو إعسارًا بل لو شَهِدَتْ بَيِّنةٌ أنّه غابَ مُعْسِرًا فلا فسخَ ما لم تَشْهَدْ بإعسارِه الآنَ، وإنْ عُلِمَ استنادُها لِلاستصْحابِ، أو ذكَرَتْه تقويةً لا شَكًّا كما يأتي. (ولو حَضَرَ وغابَ مالُه) ولم يُنْفِقْ عليها بنحوِ استدانةٍ (فإنْ كان) مالُه (بمَسافةِ القصْرِ) فأكثرَ من مَحلِّه (فلها الفسخُ) ولا يلزمُها الصّبْرُ لِلضّرَرِ، ويُفَرَّقُ بينه، وبين المُعْسِرِ الآتي بأنّ هذا من شَأنِه القُدْرةُ لِتَيَسُّرِ اقتراضِه فلم يُناسِبْه الإمهالُ بخلافِ المُعْسِرِ، ومن ثَمَّ بحث الأذرَعيُّ أنّه لو قال: أُحْضِرُه، وأمكنَه في مُدّةِ الإمهالِ الآتيةِ أُمْهِلَ (وإلا) بأنْ كان على دونِها (فلا) فسخَ؛ لأنّه في حكمِ الحاضِرِ (ويُؤْمَرُ بالإحضارِ) عاجِلًا، وقضيّةُ كلامِهم أنّه لو تعذَّرَ إحضارُه هنا للخوفِ لم يُفْسَخْ، وهو مُحْتَمَلٌ لِنُدْرةِ ذلك.

(ولو تَبَرَّعَ رجلٌ) ليس أصلًا لِلزوجِ (بها) عنه، وسَلَّمَها لها (لم يلزمْها القبولُ) بل لها الفسخُ لِما فيه من المِنّةِ، ومن ثَمَّ لو سلَّمَها المُتَبَرِّعُ له، وهو سلَّمَها لها لَزِمَها القبولُ لانتفاءِ المِنّةِ، أمّا إذا كان المُتَبَرِّعُ أبا الزوجِ، أو جَدَّه وهو تحتَ حِجْرِه فيلزمُها القبولُ لِدخولِه في ملكِ الزوجِ تقديرًا، وبحث الأذرَعيُّ أنّ مثله ولَدُ الزوجِ وسيِّدُه قال: ولا شَكَّ فيه إذا أعسَرَ الأبُ وتبرَّعَ ولَدُه الذي يلزمُه إعفافُه، أو لا يلزمُه ذلك أيضًا في الأوجَه وفيما بحثه في الولدِ الذي لا يلزمُه الإعفافُ نَظَرٌ ظاهرٌ، وكذا في السّيِّدِ لانتفاءِ عِلَّتهم التي نَظَروا إليها من ملكِ الزوجِ إلا أنْ يوجَّهَ ما قاله في السّيِّدِ بأنّ عَلَقَته بقِنِّه أتَمُّ من عَلَقة الولدِ بوالِدِه (وقُدْرَتُه على الكسبِ) الحلالِ اللّائِقِ، وكذا غيرُه إذا أرادَ تَحَمُّلَ المشقة

كالمالِ، وإنّما يُفْسَخُ بعَجْزِه عن نَفَقةِ مُعْسِرٍ. والإعْسارُ بالكِسْوةِ كَهو بالنّفَقةِ، وكذا بالأُدْمِ، والمسْكَنِ في الأصَحِّ. قُلْت: الأَصَحُّ المنْعُ في الأُدْمِ، واللّه أعْلَمُ. وَفي إعْسارِه بالمهْرِ أقْوالٌ: أظْهَرُها تُفْسَخُ قبلَ وطْءٍ لا بعده، ....

بمُباشَرَته فيما يظهرُ (كالمالِ) لاندِفاعِ الضّرورةِ به فلو كان يَكْتَسِبُ في يوم ما يَفي بثلاثةٍ، ثمّ يُبَطِّلُ ثلاثةً، ثمّ يَكْتَسِبُ ما يَفي بها فلا فسخَ إذْ لا تَشُقُّ الاستدانةُ حينئذٍ فصار كالموسِرِ، ومثلُه نحوُ نَسّاجٍ ينسِجُ في الأسبوعِ ثَوبًا تَفي أُجْرتُه بنفقةِ الأسبوعِ، ومَنْ تُجْمَعُ له أُجْرةُ الأسبوعِ في يومٍ منه وهي تَفي بنفقةِ جميعِه، وليس المُرادُ أنْ نَجْعَلَها أسبوعًا بلا نفقةٍ بل المُرادُ أنّه في حكمِ واجدِ نفقتِها ويُنْفِقُ مِمّا استَدانَه لإمكانِ القضاءِ.

وكذا قالوه وبه يُعْلَمُ أنّا مع كونِنا نُمَكِّنُها من مُطالَبَته ونَأمُرُه بالاستدانةِ، والإنفاقِ لا تُفْسَخُ عليه لو امتنع لِما تقرّر أنّه في حكم موسِرٍ امتنع، ويُؤَيِّدُه قولُهم: امتناعُ القادِرِ على الكسبِ عنه كامتناعِ الموسِرِ فلا فسخَ به، ولا أثَرَ لِعَجْزِه إنْ رُجيَ بُرْؤُه قبلَ مُضيِّ ثلاثةِ أيّامٍ، وخرج بالحلالِ الحرامُ فلا أثَرَ لِقُدْرَته عليه فلها الفسخُ، وأمّا قولُ الماوَرْديِّ والرّويانيِّ: الكسبُ بنحوِ بيعِ الخمرِ كالعدمِ وبنحوِ صَنْعةِ آلةِ لَهْوٍ مُحَرَّمةٍ له أُجْرةُ المثلِ فلا فسخَ لِزوجَته، وكذا ما يُعْطاه مُنَجِّمٌ وكاهِنٌ؛ لأنّه عن طيبِ نفسٍ فهو كالهِبةِ فرَدّوه بأنّ الوجهَ أنّه لا أُجرةَ لِصانِعِ مُحَرَّمٍ لإطباقِهم على أنّه لا أُجْرةَ لِصانِعِ آنيةِ النّقْدِ ونحوِها، وما يُعْطاه نحوُ المُنَجِّمِ إنّما يُعْطاه أُجْرةً لا هِبةً فلا وجهَ لِما قالاه (وإنّما تُفْسَخُ بعَجْزِه عن نفقةِ مُعْسِرٍ)؛ لأنّ الضّرَرَ إنّما يتحقّقُ حينئذٍ ولا يُشْكِلُ عليه قولُهم: لو حَلَفَ لا يتغَدّى، أو لا يَتعشّى حَنِثَ بأكلِه زيادةً يقينًا على نصفِ عادَته أي: حينَ أكلِه فيما إذا اختلفت باختلافِ نحوِ زَمَنٍ، أو مَكان وذلك؛ لأنّ المدارَ ثَمّ على العُرْفِ وهو يَصْدُقُ عليه حينئذٍ أنّه تَغَدّى، أو تعشّى، وهنا على ما تقومُ به البِنْيةُ وهي لا تقومُ بأقَلَّ من مُدٍّ ولو لم يَجِدْ إلا نصفَ مُدٍّ غداءً ونصفَه عَشاءً فلا فسخَ.

(والإعسارُ بالكِسوةِ)، أو ببعضِها الضّروريِّ كقميصٍ وخِمارٍ وجُبّةِ شِتاءٍ بخلافِ نحوِ سراويلَ، ومِخَدّةٍ، وفُرُشٍ، وأوانٍ (كهو بالنّفَقة) بجامِعِ أنّ البدَنَ لا يبقى بدونِهما (وكذا) الإعسارُ (بالأُدْمِ والمسكنِ) كهو بالنّفَقة (في الأصحِّ) لِتعذُّرِ الصّبْرِ على دَوامِ فقْدِهما.

(قُلْت الأصحُّ المنعُ في الأُدْمِ واللّه أعلمُ)؛ لأنّه تابعٌ مع سُهولةِ قيامِ البدَنِ بدونِه بخلافِ نحوِ المسكنِ، وإمكانِه بنحوِ مسجِدٍ كإمكانِ تَحْصيلِ القوت بالسُّؤالِ.

(وفي إعسارِه بالمهرِ) الدّيْنُ الواجبُ الحالُّ ابتداءً وإنّما يجبُ في المُفَوَّضةِ ما دامَ لم يَطَأْ بالفرضِ كما مَرَّ (أقوالٌ أظهرُها تُفسَخُ) إنْ لم تقبِضْ منه شيئًا (قبلَ وطْءٍ) للعَجْزِ عن تَسليم العِوَضِ مع بَقاءِ المُعَوَّضِ بحالِه، وخيارُها حينئذٍ عَقِبَ الرّفْعِ للقاضي فوْريٌّ فيسقُطُ بتأخيرِه بلا عُذْرٍ كجَهْلٍ كما هو ظاهرٌ (لا بعدَه) لِتَلَفِ المُعَوَّضِ به، وصَيْرورةِ العِوَضِ دَيْنًا له في الذّمّةِ قال بعضُهم: إلا أنْ يُسَلِّمَها له الوليُّ وهي صَغيرةٌ لِغيرِ مَصْلَحةٍ فتَحْبِسُ به نفسَها بمُجَرّدِ بُلوغِها فلها الفسخُ حينئذٍ، ولو بعدَ الوطءِ؛

ولا فَسْخَ حتّى يَثْبُتَ عندَ قاضٍ إعْسارُه فيَفْسَخه أو يأذَنَ لَها فيه ثم في قولٍ يُنَجَّزُ الفسْخُ، والأظْهَرُ إمهالُه ثَلاثَةَ أيّامٍ، ولها الفسْخُ صَبيحةَ الرّابعِ إلّا أنْ يُسَلِّمَ نَفَقَتَه، ولو مَضَى يَوْمانِ بلا نَفَقةٍ وأنْفقَ الثّالِثَ وعَجزَ الرّابعَ بَنَتْ، وقيلَ تَسْتأنِفُ. ولها الخُروجُ زَمَنَ المُهْلةِ لِتَحْصيلِ النّفَقةِ، وعليها الرُّجوعُ لَيْلاً.

لأنّ وجودَه هنا كعدمِه، أمّا إذا قبضتْ بعضَه فلا فسخَ لها على ما أفتى به ابنُ الصّلاحِ، واعتمده الإسنَويُّ، وكذا الزّركشيُّ، وأطالَ فيه وفارَقَ جوازَ الفسخِ بالفلَسِ بعدَ قبضِ بعضِ الثّمَنِ بإمكانِ التّشريكِ فيه دون البُضْعِ وقال البارِزيُّ كالجوْريِّ لها الفسخُ هنا أيضًا قال الأذرَعيُّ: وهو الوجه نَقْلاً ومعنًى وأطالَ فيه.

(ولا فسخَ) بإعسارِ مهرٍ، أو نحوِ نفقةٍ (حتى) تُرْفع للقاضي، أو المُحكَّم و(يُثبتَ) بإقرارِه، أو ببيِّنةٍ (عندَ قاضٍ)، أو مُحكَّم (إعسارَه فيَفْسَخه) بنفسِه، أو نائبِه (أو يأذَنَ لها فيه)؛ لأنّه مجتهدٌ فيه كالعُنّةِ فلا ينفُذُ منها قبلَ ذلك ظاهرًا ولا باطِنًا، ولا تُحْسَبُ عِدَّتُها إلا من الفسخ فإنْ فُقِدَ قاضٍ ومُحكَّمٌ بمَحلِّها، أو عَجزَتْ عن الرّفْعِ إليه كأنْ قال: لا أفْسخُ حتى تُعطيَني مالاً كما هو ظاهرٌ استقَلّتْ بالفسخِ لِلضَّرورةِ، وينفُذُ ظاهرًا وكذا باطِنًا كما هو ظاهرٌ خلافًا لِمَنْ قيَّدَ بالأوّلِ؛ لأنّ الفسخَ مَبنيٌّ على أصلٍ صحيحٍ، وهو مُستلْزِمٌ لِلنُّفوذِ باطِنًا. ثمّ رأيت غيرَ واحدٍ جَزَموا بذلك (ثمّ) بعدَ تَحقُّقِ الإعسارِ (في قولٍ يُنجزُ) بالبناءِ للفاعِلِ، أو المفعولِ (الفسخَ) لِتَحقُّقِ سببِه (والأظهرُ إمهالُه ثلاثةَ أيام)، وإنْ لم يُستمهل؛ لأنّها مُدّةٌ قريبةٌ يُتوَقَّعُ فيها القُدْرةُ بقَرْضٍ أو غيرِه (ولها الفسخُ صَبيحةَ الرّابعِ) بنفقته بلا مُهْلةٍ لِتَحقُّقِ الإعسارِ (إلا أنْ يُسلِّمَ نفقتَه) أي: الرّابعِ فلا تُفْسَخُ بما مَضى؛ لأنه صار دَيْنًا ومن ثَمَّ لو اتَّفَقا على جَعْلِها عَمّا مَضى لم تُفْسَخْ كما رجحه ابنُ الرِّفعةِ؛ لأنّ القُدْرةَ على نفقةِ الرّابعِ، وإنّ جَعْله عن غيرِه مُبْطِلةٌ للمُهْلةِ، ولو أعسرَ بعدَ أنْ سلَّمَ نفقةَ الرّابعِ بنفقةِ الخامِسِ بَنَتْ على المُدّةِ، ولم تَستأنِفْها. وظاهرُ قولِهم: بنفقةِ الخامِسِ أنّه لو أعسرَ بنفقةِ السّادِسِ استأنفتها وهو مُحْتَمَلٌ، ويُحْتَمَلُ أنّه إذا تَخَلَّلَتْ ثلاثةٌ وجَبَ الاستئنافُ، أو أقلُّ فلا (ولو مَضى يومانِ بلا نفقةٍ وأنْفقَ الثالِثَ وعَجزَ الرّابعَ بَنَتْ) على اليومَين لِتَضرُّرِها بالاستئنافِ فتصبِرُ يومًا آخرَ، ثمّ تُفْسَخُ فيما يَليه.

(وقيلَ تَستأنِفُ) الثلاثةَ لِزَوالِ العجزِ الأوّلِ، وردَّه الإمامُ بأنّه قد يُتَّخذُ ذلك عادةً فيُؤدّي إلى عَظيمِ ضَرَرِها (ولها) ولو غَنيّةً (الخُروجُ زَمَنَ المُهْلةِ) نَهارًا (لِتَحصيلِ النّفقة) بنحوِ كسبٍ، وإنْ أمكنَها في بيته أو سُؤالٍ، وليس له مَنْعُها؛ لأنّ حَبْسَه لها إنّما هو في مُقابَلةِ إنْفاقِه عليها نعم، يَتّجِه أنّ مَحلَّه إنْ لم يكن في خُروجِها ريبةٌ ثَبَتَتْ هي، أو قرائِنُها وإلا مَنَعَها فإن اضْطُرّتْ مَكَّنَها أو خرج معها (وعليها الرُّجوعُ) لِبيته (ليلاً)؛ لأنّه وقتُ الإيواءِ دون العمَلِ ولها منفعةٌ من التّمَتُّعِ بها كما قاله البَغَويّ ورجحه في الروضةِ. وقال الرّويانيُّ: ليس لها المنْعُ وحَمَلَ الأذرَعيُّ، وغيرُه الأوّلَ على النّهارِ، والثانيَ على اللّيْلِ وبه صرّح في الحاوي وتَبِعَه ابنُ الرِّفعةِ وإذا قُلْنا لها المنْعُ ولو ليلاً سقَطَتْ عن ذِمّته نفقةُ

ولو رَضيَتْ بإعْسارِه أو نَكَحَتْه عالِمةً بإعْسارِه فَلَها الفسْخُ بعده، ولو رَضيَتْ بإعْسارِه بالمهْرِ فلا، ولا فَسْخَ لِوَليِّ صَغيرةٍ ومَجْنونةٍ بإعْسارٍ بمَهْرٍ ونفَقةٍ. ولو أعْسَرَ زَوْجُ أمةٍ بالنّفَقةِ فَلَها الفسْخُ.

فإنْ رَضيَتْ فلا فَسْخَ لِلسَّيِّدِ في الأصَحِّ، وله أنْ يُلْجِئَها إليه بأنْ لا يُنْفِقَ عليها ويَقولَ: افْسَخي أو جوعي.

زَمَنِ المنْعِ، وقياسُه أنّه لا نفقةَ لها زَمَنَ خُروجِها للكسبِ.

(فرعٌ): حَضَرَ المفسوخُ نِكاحُه وادَّعى أنّ له بالبلَدِ مالاً وخَفيَ على بيِّنةِ الإعسارِ لم يَكْفِه حتى يُقيمَ بيِّنةً بذلك، وبأنّها تَعْلمُه وتقدِرُ عليه فحينئذٍ يَبْطُلُ الفسخُ قاله الغزاليُّ، وفي الاحتياجِ إلى قيامِه البيِّنةَ بعلمِها وقُدْرَتها نَظَرٌ ظاهرٌ؛ لأنّه بانَ ببيِّنةِ الوجودِ أنّه موسِرٌ وهو لا يُفْسَخُ عليه، وإنْ تعذَّرَ تَحْصيلُ النّفَقة منه كما مَرَّ، وأخذَ بعضُهم من كلامِ الشيخينِ أنّه لا عبرةَ بعَقارٍ أو عَرْضٍ لا يتيَسَّرُ بيعُه.

(ولو رَضيَتْ بإعسارِه) بالنّفَقة أبدًا (أو نكحَتْه عالِمةً بإعسارِه) بذلك (فلها الفسخُ بعدَه)؛ لأنّ الضّرَرَ يتجَدَّدُ كلَّ يومٍ، ورِضاها بذلك وعْدٌ نعم، تسقطُ به المُطالَبةُ بنفقةِ يومِه وتُمْهَلُ بعدَه ثلاثةَ أيّامٍ؛ لأنّه يُبْطِلُ ما مَضى من المُهْلةِ.

(ولو رَضيَتْ بإعسارِه بالمهرِ)، أو نكحَتْه عالِمةً بذلك (فلا) تُفْسَخُ بعدَه؛ لأنّ الضّرَرَ لا يتجَدَّدُ وكرِضاها به إمساكُها عن المُحاكمةِ بعدَ مُطالَبتِها بالمهرِ لا قبلها؛ لأنّها تُؤَخِّرُها لِتَوَقُّعِ يَسارٍ.

(ولا فسخَ لِوَليِّ) امرَأةٍ حتى (صَغيرةٍ ومجنونةٍ بإعسارٍ بمهرٍ ونفقةٍ)؛ لأنّ الخيارَ مَنوطٌ بالشّهْوةِ فلا يُفوَّضُ لِغيرِ مُستَحِقِّه فنفقتُهما في مالِهما إنْ كان وإلا فعلى مَنْ تَلْزَمُه مُؤْنَتُهما قبلَ النّكاحِ، وإنْ كانت دَيْنًا على الزوجِ، والسّفيهةُ البالِغةُ كالرّشيدةِ هنا.

(ولو أعسَرَ زوجُ أمةٍ) لم يلزم سيِّدَها إعفافُه (بالنّفَقة) أو نحوِها مِمّا مَرَّ الفسخُ به (فلها الفسخُ) وإنْ رَضيَ السّيِّدُ؛ لأنّ حَقَّ قبضِها لها ومن ثَمَّ لو سلَّمَها لها من مالِه لم تُجبَرْ على ما قاله شارِحٌ. لكن نصَّ في الأُمِّ على إجبارِها أي: لأنّه لا مِنّةَ عليها فيه، وخرج بالنّفَقة المهرُ فالفسخُ به له؛ لأنّه المُستَحِقُّ لِقبضِه نعم، المُبَعَّضةُ لا بُدَّ من الفسخِ فيها من موافَقتِها هي والسّيِّدُ كما اعتمده الأذرَعيُّ أي: بأنْ يَفْسَخا مَعًا، أو يوكِّلَ أحدُهما الآخرَ كما هو ظاهرٌ.

وقولُ شارِحٍ أنّها كالقِنّةِ ضعيفٌ (فإنْ رَضيَتْ فلا فسخَ لِلسّيِّدِ في الأصحِّ)؛ لأنّه إنّما يتلَقّى النّفَقة عنها (وله أنْ يُلْجِئَها) أي: المُكلَّفة إذْ لا ينفُذُ من غيرِها (إليه) أي: الفسخ (بأنْ لا يُنفِقَ عليها) ولا يُمَوِّنَها (ويقولَ) لها (افسَخي، أو جوعي) دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه وتَرَدَّدَ شارِحٌ في المُكاتَبةِ والذي يَتَّجِه أنّها كالقِنّةِ فيما ذُكِرَ إلا في إلجاءِ السّيِّدِ لها، ولو أعسَرَ سيِّدُ مُستولَدةٍ عن نفقتِها قال أبو زَيْدٍ: أُجْبِرَ على عتقِها، أو تزويجِها.

فَصْلٌ

يَلْزَمُه نَفَقةُ الوالِدِ، وإنْ عَلا، والولَدِ وإنْ سَفَلَ، وإن اخْتَلَفَ دينُهما ....

فصل في مُؤَنِ الأقارِبِ

(يلزمُه) أي: الفرعَ الحُرَّ، أو المُبَعَّضَ الذَّكرَ والأنثى (نفقةُ) أي: مُؤْنةُ حتى نحوُ دَواءٍ وأُجْرةِ طَبيبِ (الوالِدِ) المعصومِ الحُرِّ وقِنِّه المُحْتاجِ له وزوجَته إنْ وجَبَ إعفافُه، أو المُبَعَّضِ بالنِّسبةِ لِبعضِه الحُرِّ لا المُكاتَبِ (وإنْ عَلا) ولو أنثى غيرَ وارِثةٍ إجماعًا ولِقولِه تعالى ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] لِخبرِ الصّحيحِ «أنَ أطيبَ ما أكلَ الرّجُلُ من كسبه وولَدُه من كسبه»[(١)] (و) يلزمُ الأصلَ الحُرَّ، أو المُبَعَّضَ الذّكرَ والأنثى مُؤْنةُ (الولدِ) المعصومِ الحُرِّ، أو بعضٍ، كذلك (وإنْ سفَلَ) ولو أنثى كذلك لقولِه تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] الآيةَ ومعنى وعلى الوارِثِ مثلُ ذلك الذي أخذَ منه أبو حَنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وجوبَ نفقةِ المحارِمِ أي: في عدمِ المُضارّةِ كما قيَّدَه ابنُ عَبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وهو أعلمُ بالقُرآنِ من غيرِه، وقولُه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فإذا لَزِمَه أُجْرةُ الرّضاعِ فكِفايَتُه ألزَمُ ومن ثَمَّ أجمَعوا على ذلك في طِفْلٍ لا مالَ له وأُلْحِقَ به بالِغٌ عاجِزٌ كذلك لِقولِه ﷺ لِهِنْدٍ: «خُذي ما يكفيك وولدك بالمعروفِ».

(وإن اختلف دينُهما) بشرطِ عِصْمةِ المُنْفَقِ عليه كما مَرَّ لا نحوِ مُرْتَدٍّ وحربيٍّ كما بحثه الزّركشيُّ، وغيرُه وهو ظاهرٌ؛ لأنّها مواساةٌ وهما ليسا من أهلِها وهل يَلْحَقُ بهما نحوُ زانٍ محضٍ بجامعِ الإهدارِ، أو يُفَرَّقُ بأنّهما قادِرانِ على عِصْمةِ نفسِهِما؟ فكان المانِعُ منهما بخلافِه فإنّ توبَتَه لا تعصِمُه، ويُسَنُّ له السّترُ على نفسِه، وكذا لِلشُّهودِ على ما يأتي فكان من أهلِ المواساةِ لِعدمِ مانِعٍ قائِمٍ به يقدِرُ على إسقاطِه كلٌّ مُحْتَمَلٌ، والثاني أوجَه ولا يُعارِضُه ما مَرَّ في التَّيَمُّمِ أنّه لا يجبُ بل لا يَجوزُ صَرْفُ الماءِ لِشُرْبه بل يتطَهَّرُ صاحِبُه به، وإنْ هَلَكَ الآخرُ عَطَشًا وذلك لاختلافِ مَلْحَظي ما هنا وثَمَّ؛ لأنّ مَلْحَظَ ذاك تعلُّقُ حَقِّ الطُّهْرِ بعَينِ الماءِ بمُجَرَّدِ دخولِ الوقت حتى لا يصحَّ تَصَرُّفُه فيه فلم يقبل الصّرْفَ عنه بسببٍ ضعيفٍ، وأمّا هنا فالتّعلُّقُ مَنوطٌ وصْفِ القرابةِ وحينئذٍ يجبُ النّظَرُ إلى مَنْ قامَ به وصْفٌ يُنافيها من كلِّ وجهٍ وهو الحِرابةُ، أو الرِّدّةُ مَنَعَ الإنفاقَ عليه لِمَنْعِه سببَه بالكلِّيّةِ بخلافِ مَنْ لم يَقُم به وصْفٌ كذلك وهو نحوُ الزّاني المُحْصَنِ؛ لأنّه لا تقصيرَ منه الآنَ فلم يوجَدْ فيه وصْفٌ رافِعٌ لِمقتضى أصلِ القرابةِ فاستصحَبنا حكمَها فيه. وذلك لِعموم الأدِلّةِ وكالعتقِ وردِّ الشّهادةِ بخلافِ الإرثِ فإنّه مَبنيٌّ على المُناصَرةِ وهي مفقودةٌ حينئذٍ، وهل يُشْتَرَطُ اتّحادُ مَحَلِّ المُنْفِقِ

---

(١) [صحيح] أخرجه: أبو داود في (سننه) [رقم/ ٣٥٢٨]، والنسائي في (سننه) [رقم/ ٤٤٥١]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ١٣٥٨]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ٢١٣٧]، وغيرهم من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.
قلت: حديث صحيح. ينظر: (إرواء الغليل) للألباني [٣/ ٣٢٩].

بِشَرْطِ يَسارِ الْمُنْفِقِ بفاضِلٍ عن قوتِه وقوتِ عيالِه في يَوْمِه، ويُباعُ فيها ما يُباعُ في الدَّيْنِ، ويَلْزَمُ كَسوبًا كَسْبُها في الأَصَحِّ.

والمُنفَقِ عليه، أو لا؟ حتى لو أرادَ المُنفَقُ عليه سفرًا، أو كان مُقيمًا بمَحَلٍّ بَعيدٍ عن المُنفِقِ لَزِمَه إرْسالُ كِفايَته له مع مَنْ يَثِقُ به ليُنْفِقَ عليه؟ كلٌّ مُحْتَمَلٌ والثاني أوجَه إذْ هو الأقرَبُ إلى عموم كلامِهم، ثمّ رأيت ما يأتي في مُنْفِقَين استَوَيا وغابَ أحدُهما وهو يُؤَيِّدُ ما ذكرْته، وإنّما تجبُ (بشرطِ يَسارِ المُنفِقِ)؛ لأنّها مواساةٌ ونفقةُ الزوجةِ مُعاوَضةٌ، ويُصَدَّقُ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ في الفلَسِ في إعسارِه بيَمينِه ما لم يُكذِّبْه ظاهرُ حالِه فلا بُدَّ له من بَيِّنةٍ تَشْهَدُ له به (بفاضِلٍ عن قوته وقوت عيالِه) زوجَته وخادِمِها وأُمِّ ولَدِه، وعن سائِرِ مُؤَنِهم وخُصَّ القوتُ؛ لأنّه الأهَمُّ لا عن دَينه لِما مَرَّ في الفلَسِ وذلك لِخبرِ مسلم «ابدَأْ بنفسِك فتَصَدَّقْ عليها فإنْ فضَلَ شيءٌ فلأهلِك فإنْ فضَلَ عن أهلِك شيءٌ فلِذي قرابَتِك»[1] وبِعمومِه يتقَوّى ما مَرَّ عن أبي حَنيفة إلا أنْ يُجابَ بأنّه يُستنبَطُ من النّصِّ معنًى يُخَصِّصُه (في يومِه) وليلَته التي تَليه غَداءً، وعَشاءً ولو لم يَكْفِه الفاضِلُ لم يجبْ غيرُه.

(ويُباعُ فيها) أي: كِفايةِ القريبِ (ما) فضَلَ عن اليوم واللّيْلةِ مِمّا (يُباعُ في الدّين) من عَقارٍ وغيرِه كالمسكنِ، والخادِمِ، والمرْكوبِ، ولو احتاجَها؛ لأنّها مُقَدَّمةٌ على وفائِه فبيعَ فيها ما يُباعُ فيه بالأولى فاندَفع ما قيلَ: كيف يُباعُ مسكنُه لاكتراءِ مسكنٍ لأصلِه، ويبقى هو بلا مسكنٍ مع خبرِ «ابدَأْ بنفسِك» على أنّ الخبرَ إنّما يأتي فيما إذا لم يَبْقَ معه بعدَ بيعِ مسكنِه إلا ما يكفي أُجرةَ مسكنِه، أو مسكنِ والِدِه وحينَئذٍ المُقَدَّمُ مسكنُه فذِكْرُ الخبرِ تأييدًا للإشكالِ وهْمٌ، فعُلِمَ أنّه بعدَ بيعِ مسكنِه في كلِّ يومٍ وليلةٍ لو لم يَفْضُلْ إلا ما يكفي أُجرةَ مسكنِ أحدِهما قدَّمَ مسكنَه وأنّه لا يعتبر مُؤَنَه وأُجرةَ مسكنٍ بعضِه إلا إذا فضَلَ عن مُؤَنِه ومُؤَنِ عيالِه وأُجرةِ مسكنِهم يومًا وليلةً ما يَصْرِفُه لِمُؤْنةِ بعضِه، ومنها مسكنُه وكيْفيّةُ بيعِ العقارِ لها كما صَحَّحه المُصَنِّفُ في نظيرِه من نفقةِ العبدِ وصَوَّبَه الأذرَعيُّ وأُلْحِقَ غيرُ العقارِ به في ذلك أنّه يستقرِضُ لها أنْ يَجْتَمِعَ ما يسهُلُ بيعُه فيُباعُ فإنْ تعذَّرَ بيعُ البعضِ، ولم يوجَدْ مَنْ يشتَري إلا الكلَّ بيعَ الكلُّ، أمّا ما لا يُباعُ فيه ما مَرَّ في بابِ الفلَسِ فلا يُباعُ فيها بل يُتْرَكُ له ولِمَمونِه.

(ويلزمُ كسوبًا كسبُها) أي: المُؤَنِ ولو لِحَليلةِ الأصلِ كالأُدْمِ والسُّكْنَى والإخدام حيثُ وجَبَ أي: أقَلُّ ما يكفي منها على الأوجَه (في الأصحِّ) إنْ حَلَّ، ولاقَ به، وإنْ لم تجرِ عادَتُه به؛ لأنّ القُدْرةَ بالكسبِ كهي بالمالِ في تَحْريمِ الزّكاةِ وغيرِه، وإنّما لم يلزمْه لِوَفاءِ دَيْنٍ لم يعصي به؛ لأنّه على التّراخي، وهذه فوْريّةٌ ولِقِلّةِ هذه، وانضِباطِها بخلافِه، ومن ثَمَّ لو صارتْ دَيْنًا بفرضِ قاضٍ لم يلزمْه الاكتسابُ لها ولا يجبُ لأجلِها سُؤالُ زكاةٍ ولا قبولُ هِبةٍ فإنْ فعلَ وفَضَلَ منه شيءٌ عَمّا مَرَّ أنْفَقَ عليه

---

(١) [صحيح] وقد تقدم تخريجه.

وَلا تَجِبُ لِمالِكِ كِفايَتِه ولا لِمُكْتَسِبِها، وتَجِبُ لِفَقيرٍ غيرِ مُكْتَسِبٍ إنْ كان زَمِنًا أو صَغيرًا أو مَجْنونًا وإلّا فأقْوالٌ أحْسَنُها تَجِبُ، والثّالِثُ لأصْلٍ، لا فَرْعٍ. قُلْت: الثّالِثُ أظْهَرُ، واللّه أعْلَمُ.
وَهيَ الكِفايةُ. وَتَسْقُطُ بفَواتِها، ....

منه. (ولا تجبُ) المُؤَنُ (لِمالِكِ كِفايَتِه ولا) لِشَخْصٍ (مُكْتَسِبِها) لاستغْنائِه فإنْ قدَرَ على كسبٍ ولم يَكْتَسِبْ كلَّفَه إنْ كان حَلالاً لائِقًا به وإلا فلا (وتجبُ لِفَقيرٍ غيرِ مُكْتَسِبٍ إنْ كان زَمِنًا)، أو أعمَى، أو مَريضًا (أو صَغيرًا أو مجنونًا) لِعَجْزِه عن كِفايةِ نفسِه، ومن ثَمَّ لو أطاقَ صَغيرٌ الكسبَ، أو تعلُّمَه، ولاقَ به جازَ للوَليِّ أنْ يحمِلَه عليه ويُنْفِقَ عليه منه فإن امتنع، أو هَرَبَ لَزِمَ الوليَّ إنْفاقُه (وإلا) يكن غيرُ المُكْتَسِبِ كذلك (فأقوالٌ: أحسَنُها: تجبُ) للأصلِ والفرعِ ولا يُكلَّفانِ الكسبَ لِحرمَتِهِما، وثانيها: لا تجبُ؛ لأنّه غَنِيٌّ (والثالِثُ) تجبُ (لأصلٍ) بل يُكلَّفُ.

(فرعٌ): بل يُكلَّفُ الكسبَ نعم، لا تُكلَّفُ الأمُّ أو البنتُ التّزَوُّجَ؛ لأنّ حَبْسَ النّكاحِ لا غايةَ له بخلافِ سائِرِ الأكسابِ، وبِتَزَوُّجِها تسقطُ نفقتُها بالعقدِ وإنْ كان الزوجُ مُعْسِرًا ما لم تفسَخْ لِتعذُّرِ إيجابِ نفقتَين كذا قيلَ، وفيه نَظَرٌ؛ لأنّ نفقتَها على الزوجِ إنّما تجبُ بالتمكينِ كما مَرَّ فكان القياسُ اعتبارَه إلا أنْ يُقال: إنّها بقُدْرَتِها عليه مُفَوِّتةٌ لِحقِّها وعليه فمَحَلُّه في مُكلَّفة فغيرُها لا بُدَّ من التمكينِ وإلا لم تسقط عن الأبِ فيما يظهرُ.

(قُلْت الثالِثُ أظهرُ والله أعلمُ) لِتأكُّدِ حرمةِ الأصلِ؛ ولأنّ تَكْليفَه الكسبَ مع كِبَرِ سِنِّه ليس من المُعاشَرةِ بالمعروفِ المأمورِ بها، ومَحَلُّ ذلك إنْ لم يشتَغِلْ بمالِ الولدِ ومَصالِحِه، وإلا وجَبَتْ نفقتُه جَزْمًا، وبحث الأذرَعيُّ وجوبَها لِفرعٍ كبيرٍ لم تجرِ عادتُه بالكسبِ، أو شَغَلَه عنه اشتغالٌ بالعلم أخذًا مِمّا مَرَّ في قسمِ الصّدَقات انتهى. وهو مُحْتَمَلٌ ويُحْتَمَلُ الفرقُ بأنّ الزّكاةَ مواساةٌ خارِجةٌ منه على كلِّ تقديرٍ فصُرِفتْ لهذينِ لأنّهما من جنسِ مَنْ يواسي منها، والإنفاقُ واجبٌ فلا بُدَّ من تَحَقُّقِ إيجابه وهو في الفرعِ العجْزُ لا غيرُ كما يُصَرِّحُ به كلامُهم وإذْ ألْزَمَ كلًّا منهما الاكتسابَ لِمُؤَنِ أصلِه فمُؤَنُ نفسِه المُقَدَّمةُ على أصلِه أولى (وهي الكِفايةُ) لِخبرِ «خُذي ما يكفيك وولدك بالمعروفِ» فيجبُ أنْ يُعْطِيَه كِسوةً وسُكْنَى تَليقُ بحالِه، وقوتًا، وأُدْمًا يَليقُ بسِنِّه كمُؤْنةِ الرّضاعِ حَوْلينِ، ورَغْبَته وزَهادَته بحيثُ يتمَكَّنُ معه من التّرَدُّدِ كالعادةِ ويدفَعُ عنه ألَمَ الجوعِ لإتمامِ الشِّبَعِ أي: المُبالَغةِ فيه. وأمّا إشباعه فواجبٌ كما في الإبانةِ وغيرِها وأنْ يخدُمَه ويُداويَه إنِ احتاجَ، وأنْ يُبَدِّلَ ما تَلِفَ بيَدِه، وكذا إنْ أتْلَفَه لَكِنّ الرّشيدَ يضمنُه إذا أيسَرَ ولا نَظَرَ لِمَشَقّة تكرُّرِ الإبدالِ بتَكرُّرِ الإتلافِ لِتقصيرِه بالدفعِ له إذْ يُمْكِنُه أنْ يُنْفِقَه من غيرِ تَسليمٍ، وما يُضْطَرُّ لِتَسليمِه كالكِسوةِ ويُمْكِنُه أنْ يوَكِّلَ به مَنْ يُراقِبُه ويمنعُه من إتلافِها. (وتسقطُ) مُؤَنُ القريبِ التي لم يأذَنِ المُنْفِقُ لأحدٍ في صَرْفِها عنه لِقَريبه (بفواتها) بمُضيِّ الزّمَنِ، وإنْ تعدَّى المُنْفِقُ بالمنْعِ؛ لأنّها وجَبَتْ لِدَفْعِ الحاجةِ النّاجزةِ مواساةً، وقد زالَتْ بخلافِ

ولا تَصيرُ دَيْنًا عليه إلّا بفَرْضِ قاضٍ، أو إذْنِه في اقْتِراضٍ لِغَيْبةٍ أو مَنْعٍ. وَعليها إرْضاعُ ولَدِها اللِّبأ.

نفقةِ الزوجةِ نعم، لو نَفاه، ثمّ استَلْحَقَه رجعتْ أُمُّه أي: مثلاً عليه بها ويوَجَّه بأنّ مَزيدَ تقصيرِه بالنّفْيِ الذي بانَ بُطْلانُه برُجوعِه عنه أوجَبَ عُقوبَتَه بإيجابِ ما فوَّتَه به فلِذا خرجتْ هذه عن نَظائِرِها، وكذا نفقةُ الحملِ، وإنْ جُعِلَتْ له لا تسقطُ بمُضيِّ الزّمانِ؛ لأنّ الحامِلَ لَمّا كانت هي المُنْتَفِعةُ بها التحقت بنفقتها.

(ولا تَصيرُ دَيْنًا) لِما ذُكِرَ (إلا بفرضِ قاضٍ) بالفاءِ، وإنْ لم يأذَنْ لِمَنْ يُنْفِقُ عليه فيكفي قولُه: فرَضْت، أو قدَّرْت لِفُلانٍ على فُلانٍ كلَّ يومٍ كذا لكن يُشْتَرَطُ أنْ يَثْبُتَ عندَه احتياجُ الفرعِ، وغِنَى الأصلِ (أو إذْنِه) ولو للمَمونِ إنْ تأهَّلَ (في اقْتراضٍ) بالقافِ، وإنْ تأخَّرَ الاقتراضُ عن الإذْنِ كما اقتضاه إطلاقُهم، وإنْ نازع فيه السُّبْكيُّ وبحث أنّها لا تَصيرُ دَيْنًا إلا بعدَ الاقتراضِ قيلَ: فعليه الاستثناءُ في المتنِ لفظيٌّ؛ لِدخولِه في ملكِ المُستقرِضِ فالواجبُ قضاءُ دَينه لا النّفَقة انتهى ويُرَدُّ بمَنْعِ ذلك بل هو عليه حَقيقيٌّ؛ لأنّ المُستقرِضَ صار كأنّه نائِبُه فالدّيْنُ إنّما هو في ذِمَّته وإنّما تَصيرُ دَيْنًا بأحدِ هذينِ إنْ كان (لِغَيْبةٍ) للمُنْفِقِ (أو مَنْعٍ) صَدَرَ منه فحينئذٍ تَصيرُ دَيْنًا لِتأكُّدِها بفرضِه، أو إذْنِه، ونازع كثيرون الشيخينِ في ذلك وأطالوا بما رَدَدْته عليهم في شرحِ الإرشادِ فراجِعْه فإنّه مُهِمٌّ، وزعم بعضُهم حملَ كلامِهم على ما إذا قدَّرَها وأذِنَ لِآخرَ في أنْ يُنْفِقَ على القريبِ ما قدَّرَه. فإذا أنْفَقَ صارتْ حينئذٍ دَيْنًا قال، وهذا غيرُ مسألةِ الاقتراضِ انتهى، وليس كما قال: بل هو نَوْعٌ من الاقتراضِ؛ لأنّ إنْفاقَ مأذونِه إنّما يقعُ قرْضًا لِمَنِ القاضي نابَ عنه وهو الغائِبُ، أو المُمْتَنِعُ فصَدَقَ عليه أنّ القاضيَ أذِنَ في الاقتراضِ وهي المسألةُ الثانيةُ فكيف تُحْمَلُ الأولى على بعضِ ماصَدَقات الثانيةِ مع مُغايَرةِ الشيخينِ بينهما وعُلِمَ من كلامِه صَيْرورَتُها دَيْنًا باقتراضِ القاضي، أو نائِبِه بالأولى، ولو فُقِدَ القاضي وغابَ المُنْفِقُ، أو امتنع ولا مالَ للوَلَدِ، أو تعذَّرَ الإنفاقُ من مالِه حالاً فاستقرَضَت الأُمُّ وأنْفَقت، أو أنْفَقت من مالِها ولو غيرَ وصيّةٍ رجعتْ عليه إنْ أشهَدَتْ وقَصَدَت الرُّجوعَ ولا تَرِدُ هذه على حَصْرِه؛ لأنّه إضافيٌّ أي: لا يَصيرُ دَيْنًا مع وجودِ القاضي إلا بفرضِه إلَخ، وإلا فلا، ولا يكفي قصْدُه وحدَه عندَ تعذُّرِ الإشهادِ لِما مَرَّ آخِرَ المُساقاةِ مع آخِرِ الإجارةِ ويظهرُ أنّ هذا لا يختَصُّ بها بل مثلُها كلُّ مُنْفِقٍ، والتقييدُ بفَقْدِ القاضي هو قياسُ نَظائِرِه السّابِقة في هَرَبِ الجمّالِ وغيرِه. وجَرى عليه الإسنَويُّ وغيرُه هنا فقولُ ابنِ الرِّفعةِ: يكفي قصْدُ الرُّجوعِ والإشهادِ ولو مع وجودِ القاضي ضعيفٌ، وإنْ أطالَ فيه وتَبِعَه البُلْقينيُّ وغيرُه، ويظهرُ أنّ طلب القاضي مالاً على الإذْنِ، أو الاقتراضِ يُصَيِّرُه كالمفقودِ وأطلقَ بعضُهم أنّ لأُمِّ الطِّفْلِ الإنفاقَ عليه من مالِه، ويَتعيَّنُ فرضُه فيما إذا غابَ وليُّه ولا قاضيَ تَستأذِنُه ومثلُها غيرُها كما مَرَّ أواخِرَ الحجْرِ.

(وعليها) أي: الأُمِّ (إرْضاعُ ولَدِها اللِّبأ) بالهمزِ والقصْرِ وهو ما ينزِلُ بعدَ الوِلادةِ ويُرْجَعُ في مُدَّته

ثُمَّ بعده إنْ لم يوجَدْ إلّا هيَ أو أجْنَبيّةٌ وجَبَ إرْضاعُه، وإنْ وُجِدَتا لم تُجْبَر الأُمُّ، فإنْ رَغِبَتْ وهي مَنْكوحةُ أبيه فَلَه مَنْعُها في الأصَحِّ.
قُلت: الأصَحُّ ليس له مَنْعُها، وصَحَّحَه الأكْثَرونَ، واللَّه أعْلَمُ.
فإن اتَّفَقا وطَلَبَتْ أُجْرةَ مِثْلٍ أُجيبَتْ، أو فَوْقَها فلا. وكذا إنْ ....

لأهلِ الخِبْرةِ وقيلَ: يُقَدَّرُ بثلاثةِ أيّامٍ وقيلَ: بِسَبْعةٍ وذلك؛ لأنّ النّفْسَ لا تَعيشُ بدونِه غالِبًا ومع ذلك لها طَلَبُ الأُجرةِ عليه إنْ كان لِمثلِه أُجرةٌ كما يجبُ إطعامُ المُضطَرِّ بالبدَلِ (ثمّ بعدَه) أي: إرْضاعِه اللِّبأَ.

(إن لم يوجَدْ إلا هي أو أجنبيّةٌ وجَبَ إرْضاعُه) على مَنْ وُجِدَتْ إبقاءً له، ولها طَلَبُ الأُجْرةِ مِمَّنْ تَلْزَمُه مُؤْنَتُه (وإنْ وُجِدَتا لم تُجْبَر الأمُّ) خَليّةً كانت، أو في نِكاحِ أبيه، وإنْ لاقَ بها إرْضاعُه لقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق:٦] (فإنْ رَغِبَتْ) في إرْضاعِه ولو بأُجْرةِ مثلٍ (وهي مَنكوحةُ أبيه) أي: الطِّفْلِ (فله مَنْعُها في الأصحّ) لِيَكْمُلَ تَمَتُّعُه بها.

(قُلت الأصحُّ ليس له مَنعُها، وصَحَّحَه الأكثرون واللّه أعلمُ)؛ لأنّ فيه إضْرارًا بالولدِ لِمَزيدِ شَفَقَتِها به وصلاحِ لَبَنِها له فاغتُفِرَ لأجلِ ذلك نَقْصُ تَمَتُّعِه بها إنْ فُرِضَ؛ لأنّ فواتَ كمالِه لا يُشَوِّشُ أصلَ العِشْرةِ.

كما هو ظاهرٌ على أنّ غالِبَ النّاسِ يُؤْثِرُ فقْدَه تقديمًا لِمَصْلَحةِ ولَدِه فلم يُعْتَبَر النّادِرُ في ذلك، واعتُرِضَ هذا التّصْحيحُ بما لا يُلاقيه فاحذَرْه. أمّا غيرُ مَنْكوحَته بأنْ كانت خَليّةً فإنْ تَبَرَّعَتْ مُكِّنَتْ منه قطعًا وإلا فكما في قولِه:

(فإن اتّفَقا) على أنّ الأمَّ تُرْضِعُه (وطلبتْ أُجرةَ مثلٍ) له وقُلْنا بالأصحّ أنّ لِلزوجِ استئْجارَ زوجَته لإرضاعِ ولَدِه لِتَضَمُّنِه رِضاه بتركِ التّمَتُّعِ، وفرضُ الكلامِ في الزوجةِ للإشارةِ إلى هذا الخلافِ في استئْجارِها وإلا فحكمُ الخليّةِ كذلك فاندَفع ما قيلَ: تخصيصُ الزوجةِ مع ذِكْرِ أصلِه لِغيرِها أيضًا لا وجهَ له (أُجيبَتْ) وكانتْ أحَقَّ به لِوُفورِ شَفَقَتِها، ثمّ إنْ لم يُنْقِصْ إرْضاعُها تَمَتُّعَه استحَقَّت النّفَقةَ أيضًا، وإلا فلا كما لو سافَرَتْ لِحاجَتِها بإذْنِه كذا قالاه واعتَرَضَهما الأذرَعيُّ بأنّ ذاك فيما إذا لم يَصْحَبْها في سفَرِها.

وإلا فلها النّفَقة وهو هنا مُصاحِبُها فلْتَستَحِقَّها، ويُفَرَّقُ بأنّ من شَأنِ الرّضاعِ أنْ يُشَوِّشَ التّمَتُّعَ غالِبًا فإنْ وُجِدَ ذلك بحيثُ فاتَ به كمالُ التمكينِ سقَطَتْ، وإلا فلا فلم ينظُروا هنا للمُصاحَبةِ وخرج بطلَبِها ما لو أرضَعَتْه ساكِتةً فلا أُجرةَ لها؛ لأنّها مُتَبَرِّعةٌ بخلافِ ما إذا طلبتْ فإنّها من حينِ الطّلَبِ تَستَحِقُّ الأُجْرة وإنْ لم تُجَبْ لِما طلبتْه (أو) طلبتْ (فوقَها) أي: أُجْرةِ المثلِ (فلا) تَلْزَمُه الإجابةُ لِتَضَرُّرِه (وكذا) لا تَلْزَمُه الإجابةُ هنا إلا في الحضانةِ الثابِتةِ للأمّ كما بحثه أبو زُرْعةَ (إنْ) رَضيَت الأمُّ بأُجْرةِ المثلِ، أو بأقَلَّ كما هو ظاهرٌ.

تَبَرَّعَتْ أجْنَبِيَّةٌ أو رَضِيَتْ بأقَلَّ في الأظْهَرِ. وَمَن استوَى فَرْعاه أنْفقا، وإلّا فالأصَحُّ أقْرَبُهما، فإن استوَى فَبالإرْثِ في الأصَحِّ، والثّاني بالإرْثِ ثم القُرْبِ.
والوارِثانِ يَسْتَوِيانِ، أم يوزَّعُ بحَسَبِه؟ وجْهانِ، ومَنْ له أبَوانِ فَعلى الأبِ، وقيلَ عليهما لِبالِغٍ، أو أجْدادٌ وجَدّاتٌ إنْ أدْلَى بعضُهم ببعضٍ فالأقْرَبُ، وإلّا فَبالقُرْبِ، وقيلَ الإرْثُ، وقيلَ بوِلايةِ المالِ.

و(تبرَّعَتْ أجنبيةٌ، أو رَضِيَتْ بأقَلَّ) مِمّا طلبتْه الأمُّ (في الأظهرِ) لإضْرارِه ببَذْلِ ما طلبتْه حينئذٍ، ومَحَلُّه إن استمرأ الولدُ لَبَنَ الأجنبيّةِ، وإلا أُجيبَت الأمُّ وإنْ طلبتْ أُجرةَ المثلِ حَذَرًا من إضْرارِ الرّضيعِ، وبحث الأذرَعيُّ أنّ مَحَلَّه أيضًا في ولَدٍ حُرٍّ، وزوجةٍ حُرّةٍ ففي ولَدٍ رَقيقٍ، وأُمٍّ حُرّةٍ لِلزوجِ مَنْعُها كما لو كان الولدُ من غيرِه، وفي رَقيقة ووَلَدٍ حُرٍّ، أو رَقيقٍ قد يُقالُ: مَنْ وافَقَه السّيِّدُ منهما أُجيبَ ويُحْتَمَلُ خلافُه انتهى.

(ومَنِ استوَى فرعاه) قُربًا، أو بُعْدًا، وارِثًا، أو عدمَه (أنفقا) عليه سواءً، وإنْ تَفاوَتا يَسارًا، أو كان أحدُهما غَنيًّا بمالٍ والآخرُ بكسبٍ لاستوائِهما في الموجِبِ وهو القرابةُ فإنْ غابَ أحدُهما دَفع الحاكِمُ حِصَّتَه من مالِه، وإلا اقترَضَ عليه فإنْ لم يقدِرْ أمَرَ الآخرَ بالإنفاقِ بنيّةِ الرُّجوعِ، ويظهرُ أنّه لا يلزمُه أنْ يَتعرَّضَ في أمرِه له إليها، وإنّ مُجرَّدَ أمرِه كافٍ فيه ما لم ينوِ التّبرُّعَ (وإلا) يستَوِيا في ذلك بأنْ كان أحدُهما أقرَبَ والآخرُ وارِثًا.

(فالأصحُّ أقرَبُهما) هو الذي يُنْفِقُه ولو أنثى غيرَ وارِثةٍ لأنّ القرابةَ هي الموجِبةُ كما تقرّر فكانت الأقربيّةُ أولى بالاعتبارِ من الإرثِ (فإن استوَى) قُربُهما كبنت ابنٍ وابنِ بنتٍ (ف) الاعتبارُ (بالإرثِ في الأصحِّ) لِقوَّته حينئذٍ (و) الوجه (الثاني) المُقابِلُ للأصحِّ أوّلاً الاعتبارُ (بالإرثِ) فيُنْفِقُه الوارِثُ، وإنْ كان غيرُه أقرَبَ (ثمّ القُربِ) إن استَوَيا إرْثًا (والوارثانِ) المُستوِيانِ قُربًا الواجبُ عليهما التموينُ كابنٍ وبنتٍ هل (يستَوِيانِ) فيه (أم توَزَّعُ) المُؤَنُ عليهما (بحسبه) أي: الإرثِ (وجهانِ) لم يُرَجِّحا منهما شيئًا، وجزم في الأنوارِ بالثاني وهو نظيرُ ما رجحه المُصَنِّفُ، وغيرُه فيمَنْ له أبوانِ.

وقُلْنا: إنّ مُؤْنَتَه عليهما لكن مَنَعَه الزّركشيُّ، ورجح الأوّلَ، ونَقَلَ تصحيحَه عن جمعٍ ورجحه أيضًا ابنُ المُقْري وغيرُه.

(ومَنْ له أبوانِ) أي: أبٌ، وإنْ عَلا وأُمٌّ (ف) نفقتُه (على الأبِ) ولو بالِغًا استصْحابًا لِما كان في صِغَرِه ولِعمومِ خبرِ هِنْدٍ (وقيلَ) هي (عليهما لِبالِغٍ) عاقِلٍ لاستوائِهما فيه بخلافِ الصّغيرِ والمجنونِ لِتَميُّزِ الأبِ بالوِلايةِ عليهما.

(أو) اجتَمع (أجدادٌ وجَدّاتٌ) لِعاجِزٍ (إنْ أدلى بعضُهم ببعضٍ فالأقرَبُ) هو الذي يُنْفِقُه لإدْلاءِ الأبعَدِ به (وإلا) يَدُلَّ بعضُهم ببعضٍ (ف) الاعتبارُ (بالقُربِ) فيُنْفِقُه الأقرَبُ منهم (وقيلَ) الاعتبارُ بوَصْفِ (الإرثِ) كما مَرَّ في الفُروعِ (وقيلَ) الاعتبارُ (بوِلايةِ المالِ) أي: بالجِهةِ التي تُفيدُها، وإنْ

ومَنْ له أَصْلٌ وفَرْعٌ فَفي الأَصَحِّ على الفرْعِ، وإنْ بَعُدَ أو مُحْتاجونَ يُقَدِّمُ زَوْجَتَه ثم الأَقْرَبَ، وقيلَ الوارِثَ، وقيلَ الوليَّ.

فَصْلٌ

الحضانةُ: حِفْظُ مَنْ لا يَسْتَقِلُّ وتَرْبيتُهُ ....

وُجِدَ مانِعُها كالفِسقِ؛ لأنّها تُشْعِرُ بتفويضِ التّربيةِ إليه.

(ومَنْ له أصلٌ وفرعٌ) وهو عاجزٌ (ففي الأصحّ أنّ مُؤْنَتَه على الفرعِ، وإنْ بَعُدَ)؛ لأنّ عُصوبَتَه أولى وهو أولى بالقيامِ بشَأْنِ أبيه لِعِظَمِ حرمَتِه.

(أو) له (مُحْتاجون) من أُصولِه وفُروعِه، أو أحدِهِما مع زوجةٍ وضاقَ موجودُه عن الكلِّ (يُقَدِّمُ) نفسَه، ثمّ (زوجَتَه)، وإنْ تعدَّدَتْ؛ لأنّ نفقتَها آكدُ لالتحاقِها بالدُّيونِ، ومَرَّ ما يُؤْخَذُ منه إنّ مثلها خادِمُها وأُمُّ ولَدِه (ثمّ) بعدَ الزوجةِ يُقَدِّمُ (الأقربَ) فالأقربَ نعم، يُقَدِّمُ ولَدَه الصّغيرَ، أو المجنون على الأُمِّ وهي على الأبِ كالجدّةِ عن الجدِّ وهو أعني الأب على الولدِ الكبيرِ العاقِلِ لَكِنّ الأوجَهَ أنّ الأب المجنون مُستوٍ مع الولدِ الصّغيرِ، أو المجنونِ ويُقَدَّمُ مَنِ اختَصَّ من أحدِ مُستَوِين قُربًا بمَرَضٍ، أو ضَعْفٍ كما تُقَدَّمُ بنتُ ابنٍ على ابنِ بنتٍ لِضَعْفِها وإرثِها، وأبو أبٍ على أبي أُمٍّ لإرثِه، وجَدٌّ أو ابنُ ابنٍ زَمِنٍ على الأبِ، أو ابنٌ غيرُ زَمِنٍ، وتُقَدَّمُ العصبةُ من جَدَّين، وإنْ بَعُدَ وجَدّةٌ لها وِلادَتانِ على جَدّةٍ لها وِلادةٌ فقط، ولو استوَى جمعٌ من سائرِ الوجوه، وظاهرٌ أنّه لا يُقَدَّمُ هنا بنحوِ علم وصلاح خلافًا لِمَنْ بحثه وزّعَ ما يَجِدُه عليهم إنْ سدَّ مَسَدًّا من كلٍّ وإلا أقرَعَ، وبحث في فرع نازِلٍ وجَدٍّ مُرْتَفِعٍ تقديمَ الضّائِعِ فالصّغيرِ فالأقرَبِ إدْلاءً بالمُنْفِقِ (وقيلَ) يُقَدِّمُ (الوارِثَ وقيلَ) يُقَدِّمُ (الوليَّ) نظيرُ ما مَرَّ.

(فرعٌ): أفتى ابنُ عُجَيْلٍ فيمَنْ كسا أولادَه، ثمّ مات فهل ما عليهم تَرِكةٌ بأنّ نفقتَهم إنْ لَزِمته مَلَكوا ذلك بالتّسليمِ كما يملكُ الغريمُ دَيْنَه به أي: وإنْ لم يلزمْه كان تَرِكةً إلا إنْ عُلِمَ تبرُّعُه به.

فصل في الحضانة

واختُلِفَ في انتهائِها في الصّغيرِ فقيلَ: بالبُلوغِ وقال الماوَرْديُّ: بالتمييزِ وما بعدَه إلى البُلوغِ كفالةٌ والظّاهرُ أنّه خلافٌ لفظيٌّ نعم، يأتي أنّ ما بعدَ التمييزِ يُخالِفُ ما قبله في التّخْييرِ وتَوابِعِه.

(الحضانةُ) بفتحِ الحاءِ لُغةً: من الحِضْنِ بكسرِها وهو الجنْبُ لِضَمِّ الحاضِنةِ الطِّفْلَ إليه.

(تنبيهٌ): هذا ما في كُتُبِ الفِقْه والذي في القاموسِ الحِضْنُ بالكسرِ ما دون الإبطِ إلى الكشْحِ، أو الصّدْرُ والعضُدانِ وما بينهما وجانِبُ الشيءِ وناحيَتُه، ثمّ قال: وحَضَنَ الصّبيَّ حِضْنًا وحِضانةً بالكسرِ جعله في حِضْنِه أو رَبّاه كاحتَضَنَه انتهى.

وشرعًا (حِفظُ مَنْ لا يستقِلُّ) بأُمورِه ككبيرٍ مجنونٍ (وتربيَتُه) بما يُصْلِحُه ويقيه عَمّا يَضُرُّه، وقد مَرَّ

والإناثُ أَلْيَقُ بها، وأولاهُنّ أُمٌّ ثم أُمَّهاتٌ يُدْلينَ بإناثٍ يُقَدَّمُ أَقْرَبُهُنّ، والجديدُ تُقَدَّمُ بعدهُنّ أُمُّ أبٍ ثم أُمَّهاتُها المُدْلياتُ بإناثٍ ثم أُمُّ أبي أبٍ كَذلك، ثم أُمُّ أبي جَدٍّ كَذلك، والقديمُ الأَخَواتُ والخالاتُ عليهِنّ، وتُقَدَّمُ أُخْتٌ على خالةٍ وخالةٌ على بنْتِ أخٍ وأُخْتٍ، وبِنْتُ أخٍ وأُخْتٍ على عَمّةٍ، وأُخْتٌ من أبَوَيْنِ على أُخْتِ أحَدِهما، والأَصَحُّ تَقْديمُ أُخْتٍ من أبٍ على أُخْتٍ من أُمٍّ وخالةٍ وعَمّةٍ لأبٍ عليهما لأُمٍّ، وسُقوطُ كُلِّ جَدّةٍ لا تَرِثُ ....

تفصيلُه في الإجارةِ ومن ثَمَّ قال الإمامُ: هي مُراقَبَتُه على اللّحَظات (والإناثُ أَليَقُ بها)؛ لأنّهُنّ عليها أصبَرُ ومُؤنَتُها على مَنْ عليه نفقتُه ومن ثَمَّ ذُكِرَتْ هنا، ويأتي هنا في إنْفاقِ الحاضِنةِ مع الإشهادِ وقَصْدِ الرُّجوعِ ما مَرَّ آنِفًا، ويكفي كما قاله بعضُ شُرّاحِ التنبيه قولُ الحاكِمِ أرضِعيه واحضُنيه ولَك الرُّجوعُ على الأبِ، وإنْ لم يستأجِرْها فإن احتاجَ الولدُ الذّكرُ، أو الأنثى لِخِدْمةٍ زائِدةٍ على ما يَتعلّقُ بالتّربيةِ فعلى مَنْ عليه نفقتُه إخدامُه بلائِقٍ به عُرْفًا، ولا يلزمُ الحاضِنةَ هذه الخِدْمةُ، وإنْ وجَبَ لها أُجْرةُ الحضانةِ، ويأتي ذلك بزيادةٍ.

(وأولاهُنّ) عندَ التّنازُعِ في حُرٍّ (أُمٌّ) للخبرِ الصّحيحِ في مُطَلَّقة أرادَ مُطَلِّقُها أنْ ينزِعَ ولَدَه منها «أنت أحَقُّ به ما لم تنكِحي» نعم، يُقَدَّمُ عليها ككلِّ الأقارِبِ زوجةُ محضونٍ يتأتّى وطْؤُه لها، وزوجُ محضونةٍ تُطيقُ الوطءَ إذا غَيَّرَها لا تُسَلَّمُ إليه ولا حَقَّ هنا لِمحرَمِ رَضاعٍ ولا لِمُعتَقٍ (ثمّ أُمّهاتٌ) لها (يُدْلين بإناثٍ) لِمُشارَكتِهِنّ الأُمَّ إرْثًا ووِلادةً (يُقَدَّمُ أقربُهُنّ) فأقرَبُهُنّ لِوُفورِ شَفَقَته نعم، يُقَدَّمُ عليهِنّ بنتُ المحضونِ كما يأتي بما فيه (والجديدُ) أنّه (يُقَدَّمُ بعدَهُنّ أُمُّ أبٍ) وإنْ عَلا لِذلك، وقُدِّمْنَ عليها لِتَحقُّقِ وِلادَتِهِنّ ومن ثَمَّ كُنّ أقوى ميراثًا إذْ لا يُسقِطُهُنّ الأبُ بخلافِ أُمّهاته (ثمّ أُمّهاتُها المُدْلياتُ بإناثٍ) تَقُم القُربى فالقُربى لِذلك (ثمّ أُمُّ أبي أبٍ كذلك) أي: ثمّ أُمّهاتُها المُدْلياتُ بإناثٍ (ثمّ أُمُّ أبي جَدٍّ كذلك) أي: ثمّ أُمّهاتُها المُدْلياتُ بإناثٍ تُقَدَّمُ القُربى فالقُربى (والقديمُ) أنّه يُقَدَّمُ (الأخواتُ والخالاتُ عليهِنّ) أي: أُمّهات الأبِ والجدِّ المذكوراتُ؛ لأنّ الأخوات أشفَقُ لاجتماعِهِنّ معه في الصُّلْبِ، أو البطْنِ ولأنّ الخالةَ بمنزلةِ الأُمِّ رَواه البُخاريُّ وأجابَ الجديدُ بأنّ أولَئِك أقوى قرابةً، ومن ثَمَّ عَتقنَ على الفرعِ بخلافِ هَؤُلاءِ.

(وتُقَدَّمُ) جَزمًا (أختٌ) من أيِّ جِهةٍ كانت (على خالةٍ) لِقُربِها (وخالةٌ على بنت أخٍ و) بنت (أختٍ)؛ لأنّها تُدْلي بالأُمِّ بخلافِ مَنْ يأتي (و) تُقَدَّمُ (بنتُ أخٍ و) بنتُ (أختٍ على عَمّةٍ)؛ لأنّ جِهةَ الأُخوّةِ مُقَدَّمةٌ على جِهةِ العمومةِ، ومن ثَمَّ قُدِّمَ ابنُ أخٍ في الإرثِ على عَمٍّ، وتُقَدَّمُ بنتُ أختٍ على بنت أخٍ كبنت أنثى كلِّ مَرْتَبةٍ على بنت ذكرِها إن استوَتْ مَرْتَبَتُهما وإلا فالعبرةُ بالمرْتَبةِ المُتَقَدِّمةِ (و) تُقَدَّمُ (أختٌ) أو خالةٌ، أو عَمّةٌ (من أبوَين على أختٍ) أو خالةٍ، أو عَمّةٍ (من أحدِهما) لِقوّةِ قرابَتِها (والأصحُّ تقديمُ أختٍ من أبٍ على أختٍ من أُمٍّ) لِقوّةِ إرْثِها بالفرضِ تارةً والعُصوبةِ أخرى (و) تقديمُ (خالةٍ وعَمّةٍ لأبٍ عليهما لأُمٍّ) لِقوّةِ جِهةِ الأُبوّةِ (و) الأصحُّ (سُقوطُ كلِّ جَدّةٍ لا ترِثُ) وهي مَنْ تُدْلي بذكرٍ بين أنثيين

دونَ أُنْثى غيرِ مَحْرَمٍ كَبِنْتِ خالةٍ. وَتَثْبُتُ لِكُلِّ ذَكَرٍ مَحْرَمٍ وارِثٍ على تَرْتيبِ الإِرْثِ، وكذا غيرُ مَحْرَمٍ كابنِ عَمٍّ على الصّحيحِ، ولا تُسَلَّمُ إليه مُشْتَهاةٌ بل إلى ثِقةٍ يُعَيِّنُها. فإنْ فُقِدَ الإرْثُ والمحْرَميّةُ أو الإرْثُ فلا في الأصَحِّ.

كأُمِّ أبِ الأُمِّ؛ لأنّها لَمّا أدْلَتْ بمَنْ لا حَقَّ له هنا أشبَهَت الأجانِبَ قالا: ومثلُها كلُّ محرَمٍ يُدْلي بذكرٍ لا يَرِثُ كبنت ابنِ البنت، وبنت العمِّ للأُمِّ انتهى. قيلَ: كونُ بنت العمِّ محرَمًا ذُهولٌ انتهى. وقد يُقالُ: هو مِثالٌ للمُدْليةِ بمَنْ لا يَرِثُ لا بقَيْدِ المحرَميّةِ وهذا ظاهرٌ لِوُضوحِه فلا ذُهولَ فيه (دون أنثى) قريبةٍ (غيرِ محرَمٍ) لم تُدْلِ بذكرٍ غيرِ وارِثٍ كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ (كبنت خالةٍ) وبنت عَمّةٍ، أو عَمٍّ لِغيرِ أُمٍّ فلا تسقطُ على الأصحِّ، أمّا غيرُ قريبةٍ كمُعتَقة وقَريبةٍ أدْلَتْ بذكرٍ غيرِ وارِثٍ كبنت خالٍ وبنت عَمٍّ لأُمٍّ، أو بوارِثٍ أو بأنثى والمحضونُ ذكرٌ يشتَهي فلا حَضانةَ لها.

(تنبية): ما ذُكِرَ في بنت الخالِ هو قياسُ ما أطلقوا عليه في بنت العمِّ للأُمِّ، وأمّا قولُ الروضةِ أنّ بنتَ الخالِ تَحضُنُ فرَدَّه الإسنَويُّ كابنِ الرِّفعةِ، وكذا البُلْقينيُّ وزاد أنّ كلامَ الرّافعيِّ يَدُلُّ على أنّ ما ذكرَه فيها سبقُ قلَمٍ، فإنْ قُلْت: هل يُمكِنُ الفرقُ بين بنت الخالِ، وبنت العمِّ للأُمِّ الذي جَرى عليه في الروضةِ قُلْت: نعم، وهو أنّ بنتَ الخالِ أقرَبُ؛ لأنّ أباها أقرَبُ إلى الأُمِّ فإنْ قُلْت: ما الفرقُ بينها وبين أُمِّ أبي الأُمِّ بل قال الأذرَعيُّ وغيرُه: لو قيلَ إنّ هذه أولى لَكان أوجَهَ قُلْت: يُفَرَّقُ بأنّ إدْلاءَ تلك للأُمِّ بالبُنوّةِ ثمّ الأُخوّةِ وهذه بمحضِ الأُبوّةِ، والبُنوّةُ أقوى من الأُبوّةِ كما صرحوا به حتى في هذا البابِ لِما مَرَّ أنّ بنتَ المحضونِ مُقَدَّمةٌ على جَدّاته فكان المُدْلي بالبُنوّةِ أقوى من المُدْلي بالأُبوّةِ، وإن اشتركا في الإدْلاءِ بغيرِ وارِثٍ.

(وتَثبُتُ) الحِضانةُ (لِكلِّ ذكرٍ محرَمٍ وارِثٍ) كأبٍ وإنْ عَلا وأخٍ، أو عَمٍّ لِوُفورِ شَفَقَته (على ترتيبِ الإرثِ) كما مَرَّ في بابه نعم، يُقَدَّمُ هنا جَدٌّ على أخٍ، وأخٌ لأبٍ على أخٍ لأُمٍّ كما في وِلايةِ النّكاحِ. (وكذا) وارِثٌ قريبٌ كما أفادَه السّياقُ فلا يَرِدُ المعتَقُ (غيرُ محرَمٍ كابنِ عَمٍّ) وابنِ عَمِّ أبٍ، أو جَدٍّ بترتيبِ الإرثِ هنا أيضًا (على الصّحيحِ) لِقوّةِ قرابَته بالإرثِ (ولا تُسَلَّمُ إليه) أي: غيرِ المحرَمِ (مُشتَهاةٌ)؛ لأنّه مُحرَّمٌ عليه نَظَرُها، والخلْوةُ بها (بل) تُسَلَّمُ (إلى) امرأةٍ (ثِقة) لَكِنّه هو الذي (يُعَيِّنُها)؛ لأنّ الحقَّ له في ذلك، وإنْ أطالَ الجمعَ في رَدِّه، وله تعيينُ نحوِ بنته، وشَرَطَ الإسنَويُّ كونَها ثِقة ورُدَّ بأنّ غيرَتَها على قريبَتها تُغْني عن كونِها ثِقة، ويُرَدُّ بأنّه يُشاهَدُ كثيرًا من غيرِ الثِّقة جَرُّها الفسادَ لِمحرَمِها فضلًا عن بنت عَمِّها فالوجه اشتراطُ كونِها ثِقة، وقد مَرَّ أنّه لا تَجوزُ خَلْوةُ رجلٍ بامرَأتَين إلا إنْ كانتا ثِقَتَين يحتَشِمُهما، وما اقتضاه كلامُ غيرِ واحدٍ أنّها تُسَلَّمُ لِمَنْ له بنتٌ تَوَقَّفَ فيه الأذرَعيُّ، ثمّ رجح قولَ الشّامِلِ وغيرِه أنّها تُسَلَّمُ للبنت كما تقرّر. (فإنْ فُقِدَ) في الذّكرِ (الإرثُ والمحرَميّةُ) كابنِ خالٍ، أو خالةٍ، أو عَمّةٍ (أو) فُقِدَ (الإرثُ) دون المحرَميّةِ كأبي أُمٍّ وخالٍ وابنِ أختٍ وابنِ أخٍ لأُمٍّ، أو القرابةُ دون الإرثِ كمُعتَقٍ (فلا) حَضانةَ لهم (في الأصحِّ) لِضَعْفِ قرابَتهم بانتفاءِ الإرثِ والوِلايةِ

وإن اجْتَمع ذُكورٌ وإناثٌ فالأُمُّ ثم أُمَّهاتُها ثم الأبُ، وقيلَ تُقَدَّمُ عليه الخالةُ والأُخْتُ مِن الأُمِّ، ويُقَدَّمُ الأصْلُ على الحاشيةِ، فإنْ فُقِدَ فالأَصَحُّ الأقْرَبُ، وإلّا فالأُنْثى، وإلّا فيُقْرَعُ. وَلا حَضانةَ لِرَقيقٍ ....

والعقلِ ولانتفائِها في الأخيرةِ. (وإن اجتَمع ذُكورٌ وإناثٌ فالأُمُّ) مُقَدَّمةٌ على الكلِّ للخبرِ ولأنّها زادتْ على الأبِ بالولادةِ المُحَقَّقة والأنوثةِ اللاّئِقة بالحضانةِ (ثمّ أمَّهاتُها) المُدْلياتُ بإناثٍ وإنْ عَلون؛ لأنّهنّ في معناها (ثمّ الأبُ)؛ لأنّه أشفَقُ مِمَّنْ يأتي ثمّ أُمَّهاتُه، وإنْ عَلون (وقيلَ تُقَدَّمُ عليه الخالةُ والأختُ من الأمِّ) أو هما لإدْلائِهما بالأُمِّ كأُمَّهاتها، ويُرَدُّ بضَعْفِ هذا الإدْلاءِ.

(فرعٌ): في أصلِ الروضةِ ما لفظُه لِبنت المجنونِ حَضانَتُه إذا لم يكن له أبوانِ ذكرَه ابنُ كجٍّ انتهى. وظاهرُه أنّ المُرادَ بالأبوَين الأبُ والأمُّ لا غيرُ فحينئذٍ تُقَدَّمُ البنتُ عندَ عدمِهما على الجدّات من الجهتَين، ولم يرتَضِ الزّركشيُّ هذا الظّاهرَ فقال: لا ينبغي التّخصيصُ بالأبوَين بل سائِرُ الأُصولِ كذلك انتهى. فعليه جميعُ الأجدادِ والجدّات مُقَدَّمون عليها وهو مُحتَمَلٌ؛ لأنّ الأصلَ في الأُصولِ أنّهم أشفَقُ من الفُروعِ ومع ذلك فالأقرَبُ للمنقولِ التّخصيصُ بالأبوَين؛ لأنّه المُتَبادَرُ من العبارةِ المذكورةِ وهو مُستَلْزِمٌ لِتقديمِها على سائِرِ الأُصولِ غيرِهما، وله وجهٌ أيضًا ولِذا جَرى غيرُ واحدٍ عليه، ويتفرَّعُ عليه ما لو اجتَمعتْ جَدّةٌ لأُمٍّ، وأبٌ، وبنتٌ فهل الأبُ المحجوبُ بأُمِّ الأُمِّ حاجِبٌ للبنت هنا فتُقَدَّمُ أُمُّ الأُمِّ، ثمّ الأبُ، ثمّ البنتُ ولا نَظَرَ لِحَجْبه كما في الإخوةِ يحجُبون الأُمَّ والجدَّ، وإنْ حَجَبوا، أو لا فيُقَدَّمُ الأبُ، ثمّ البنتُ، ولا حَقَّ لأُمِّ الأُمِّ لِحَجْبِها بالبنت، وإنْ حُجِبَتْ بالأبِ لِما تقرّر أنّ المحجوبَ قد يحجُبُ فالحاصِلُ أنّ الجدّةَ من حيثُ هي محجوبةٌ بالبنت، والبنتُ من حيثُ هي محجوبةٌ بالأبِ فأيُّهما المُقَدَّمُ لِلنّظَرِ فيه مَجالٌ.

(ويُقَدَّمُ الأصلُ) الذّكرُ والأنثى، وإنْ عَلا (على الحاشيةِ) من النّسَبِ كأختٍ وعَمّةٍ لِقوّةِ الأُصولِ (فإنْ فُقِدَ) الأصلُ مُطْلَقًا، وثَمَّ حَواشٍ (فالأصحُّ) أنّه يُقَدَّمُ منهم (الأقربُ) فالأقربُ الذّكرُ والأنثى كالإرثِ قيلَ: هذا مُخالِفٌ لِما مَرَّ من تقديمِ الخالةِ على بنت أخٍ، أو أختٍ انتهى. ويُجابُ بمَنْعِ ذلك؛ لأنّ الخالةَ تُدْلي بالأُمِّ المُقَدَّمةِ على الكلِّ فكانتْ أقرَبَ هنا مِمَّنْ تُدْلي بالمُؤَخَّرِ عن كثيرين فإنْ قُلْت: يُنافيه ما مَرَّ أنّ العمّةَ للأبِ مُقَدَّمةٌ على العمّةِ للأُمِّ مع أنّ الأُمَّ مُقَدَّمةٌ على الأبِ قُلْت: هناك استَوَيا في الإدْلاءِ بالأصلِ فنَظَرْنا إلى قوّةِ جِهةِ الأبِ من حيثُ هي بخلافِ ما هنا فإنّه في إدْلاءٍ بأُمٍّ وإدْلاءٍ بحاشيةٍ فإنْ قُلْت: يُنافي ذلك تقديمَ أُمَّهات الأُمِّ على أُمَّهات الأبِ قُلْت: لا؛ لأنّ أُمَّهات الأُمِّ أُمَّهاتٌ حَقيقة لِتَحَقُّقِ وِلادَتِهِنّ بخلافِ أُمَّهات الأبِ (وإلا) يوجَدُ أقرَبُ كأن استَوَى جمعٌ في القُربِ كأخٍ وأختٍ (فالأنثى) مُقَدَّمةٌ؛ لأنّها أصبَرُ وأبصَرُ (وإلا) يكن من المُستَوين قُربًا أنثى كأخوَين، أو أختَين (فيُقرَعُ) بينهما قطعًا لِلنّزاعِ، والخُنثَى هنا كالذّكرِ ما لم يَدَّعِ الأنوثةَ ويحلِفْ. (ولا حَضانةَ) على حُرٍّ، أو قِنٍّ ابتداءً ولا دوامًا (لِرَقيقٍ) أي: لِمَنْ فيه رِقٌّ، وإنْ قَلَّ لِنَقْصِه، وإنْ أذِنَ سيِّدُه؛ لأنّها

ومَجْنونٍ، وفاسِقٍ وكافِرٍ على مُسْلِمٍ وناكِحةٍ غيرِ أبي الطِّفْلِ إلّا عَمَّه وابنَ عَمِّه وابنَ أخيه في الأَصَحِّ، وإِنْ كان رَضيعًا اشْتُرِطَ أَنْ تُرْضِعَه على الصَّحيحِ.

وِلايةٌ، ولا على قِنٍّ لِحُرٍّ غيرِ سيِّدِه لكن ليس له نَزْعُه من أحدِ أبوَيْه الحُرِّ قبلَ التمييزِ؛ لأنّهما أشفَقُ منه مع كراهةِ التّفْريقِ حينئذٍ، ومَنْ بعضُه حُرٌّ يشتَرِكُ مالِكُ بعضِه، وقَريبُه على التّرتيبِ السّابِقِ في حَضانَته فإنْ تَوافَقا على شيءٍ فذاك وإلا استأجَرَ القاضي له حاضِنةً عليهما وقد تَثبُتُ لأُمٍّ قِنّةٍ فيما إذا أسلَمت أمُّ ولَدٍ كافرٍ فلها حَضانةُ ولَدِها التّابعِ لها في الإسلامِ ما لم تَتَزَوَّجْ لِفَراغِها لِمَنْعِ السّيِّدِ من قُربانِها مع وفَوْرِ شَفَقَتِها، ومع تَزَوُّجِها لا حَقَّ للأبِ لِكُفْرِه (ومجنونٍ)، وإنْ تَقَطَّعَ جُنونُه ما لم يَقِلَّ كيوم في سنةٍ لِنَقْصِه.

(تنبيهٌ): ينبغي في ذلك اليومِ الذي يُجَنُّ فيه الحاضِنُ أنّ الحضانةَ لِوَلِيِّه، ولم أرَ لهم كلامًا في الإغْماءِ ويظهرُ أنّ القاضيَ يُنيبُ عنه مَنْ يحضُنُه لِقُربِ زَوالِه غالِبًا. ويُحْتَمَلُ أخذًا مِمّا مَرَّ في وِلايةِ النّكاحِ أنْ يُفْصَلَ بين أنْ يُعْتادَ قُربُ زَوالِه فالحكمُ كذلك وإلا فينتَقِلُ لِمَنْ بعدَه.

(وفاسِقٍ) لأنّها وِلايةٌ نعم، يكفي مستورُ العدالةِ كما قاله جمعٌ لكن يُخالِفُه ما أفتى به المُصَنِّفُ في مُطَلَّقة ادَّعَتْ أهليّةَ الحضانةِ، وأنكر المُطَلِّقُ أنّها لا تُقْبَلُ إلا ببيِّنةٍ ولا تُسمَعُ بيِّنةٌ بعدمِ الأهليّةِ إلا مع بَيانِ السّبَبِ كالجرْحِ وجُمِعَ في التوشيحِ وارتَضاه الأذرَعيُّ وغيرُه بحملِ الأوّلِ على ما بعدَ تَسليمِ الولدِ لها فتُصَدَّقُ بيَمينِها، والثاني على ما قبلَ تَسليمِه وهذا معنى قولِ غيرِه مَنْ أرادَ إثباتَها بالحاكِمِ احتاجَ لِبيِّنةٍ بالعدالةِ (وكافِرٍ على مسلم) لِذلك بخلافِ العكسِ؛ لأنّ المسلمَ يَلي الكافرَ (وناكِحةٍ غيرِ أبي الطِّفلِ)، وإنْ رَضيَ زوجُها، ولم يدخلْ بها للخبرِ السّابِقِ «أنت أحَقُّ به ما لم تنكِحي» وإذا سقَطَ حَقُّ الأُمِّ بذلك انتقَلَ لأُمِّها ما لم يرضَ الزوجُ والأبُ ببَقائِه مع الأُمِّ، وإنْ نازع فيه الأذرَعيُّ، أمّا ناكِحةُ أبي الطِّفلِ، وإنْ عَلا فحَضانَتُها باقيةٌ أمّا الأبُ فواضِحٌ، و أمّا الجدّ فلأنّه وليٌّ تامُّ الشّفَقة، وقضيّتُه أنّ تَزَوُّجَها بأبي الأُمِّ يُبْطِلُ حقَّها وهو المعتمدُ وتَناقَضَ فيه كلامُ الأذرَعيِّ وقد لا تسقطُ بالتَّزَوُّجِ لِكونِ الاستحْقاقِ بالإجارةِ بأنْ خالَعَ زوجَتَه بألفٍ، وحَضانةُ الصّغيرِ سنةً فلا يُؤَثِّرُ تَزَوُّجُها أثناءَ السّنةِ؛ لأنّ الإجارةَ عقدٌ لازمٌ. (إلا) إنْ تَزَوَّجَتْ مَنْ له حَقٌّ في الحضانةِ في الجُمْلةِ، ورَضيَ به كأنْ تَزَوَّجَتْ (عَمَّه وابنَ عَمِّه وابنَ أخيه)، أو أختُه لأُمِّه أخاه لأبيه (في الأصحِّ)؛ لأنّ هَؤُلاءِ أصحابُ حَقٍّ في الحضانةِ، والشّفَقة تَحمِلُهم على رِعايةِ الطِّفْلِ فيَتعاوَنانِ على كفالَته بخلافِ الأجنَبيِّ، ومن ثَمَّ اشتُرِطَ أنْ ينضَمَّ لِرِضاه رِضا الأبِ بخلافِ مَنْ له حَقٌّ يكفي رِضاه وحدَه. (فإنْ كان) المحضونُ (رَضيعًا اشترِطَ) في استحْقاقِ نحوِ أُمِّه للحَضانةِ إذا كانت ذاتَ لَبَنٍ كما بأصلِه خلافًا لِمَنْ نازع فيه (أنْ تُرضِعَه على الصّحيحِ) لِعُسرِ استئْجارِ مُرْضِعةٍ تَتْرُكُ بيتَها وتنتَقِلُ إلى بيت الحاضِنةِ مع الاغتناءِ عن ذلك بلَبَنِ الحاضِنةِ الذي هو أمرأُ من غيرِه لِمَزيدِ شَفَقَتِها فإن امتنعتْ سقَطَ حَقُّها ولها إنْ أرضَعَتْه أُجرةُ الرّضاعِ، والحضانةِ وحينئذٍ يأتي هنا ما مَرَّ فيمَنْ رَضيَتْ بدونِ ما رَضيَتْ به، و أمّا ما مَرَّ قُبَيْلَ

فإنْ كَمُلَتْ ناقِصةٌ أو طَلُقَتْ مَنْكوحةٌ حَضَنَتْ، وإنْ غابَت الأُمُّ أو امتَنَعَتْ فَللجَدّةِ على الصّحيحِ، هذا كُلُّه في غيرِ مُمَيِّزٍ. والمُمَيِّزُ إن افْتَرَقَ أَبَواه ....

الفصلِ عن أبي زُرْعةَ مِمّا ظاهرُه يُخالِفُ ذلك ففيه نَظَرٌ ظاهرٌ، أمّا إذا لم يكن لها لَبَنٌ فتستَحِقُّ جَزْمًا ويُشْتَرَطُ أيضًا سلامةُ الحاضِنةِ من ألَمٍ مُشْغِلٍ كفالِجٍ، أو مُؤَثِّرٍ في عُسرِ الحرَكةِ في حَقِّ مَنْ يُباشِرُها بنفسِه دون مَنْ يُدَبِّرُ الأمرَ ويُباشِرُه غيرُه قاله الرّافِعيُّ، ومن عَمًى عندَ جمعٍ، وخالفهم آخرون والأوجَه الموافِقُ لِكلامِ الرّافِعيِّ المذكورِ ما أشارَ إليه آخرون أنّها إذا احتاجَتْ للمُباشَرةِ فإنْ لم تَجِدْ مَنْ يَنوبُ عنها في القِيامِ بمَصالِحِه أثَّرَ وإلا فلا سواءٌ في ذلك الكبيرُ والصّغيرُ ومَنْ تَغْفُلُ كما في الشّافي قال الأذرَعيُّ: وهو حَسَنٌ مُتعيِّنٌ في حَقِّ غيرِ المُمَيِّزِ، ومن سفَهٍ أي: إنْ صَحِبَه حَجْرٌ فيما يظهرُ، ومن جُذامٍ وبَرَصٍ إنْ خالَطَتْه كما اعتمده جمعٌ لِما يخشَى من العدْوَى ولِقولِه ﷺ: «لا يورِدُ ذو عاهةٍ على مُصِحٍّ»[١] ومعنى لا عَدْوَى أنّها ليستْ مُؤَثِّرةً بذاتها وإنّما يخلُقُ اللّه ذلك عندَ المُخالَطةِ كثيرًا.

(فإنْ كَمُلَتْ ناقِصةٌ) كأنْ عَتَقت أو أفاقت، أو أسلَمت، أو رَشَدَتْ (أو طَلُقت مَنْكوحةٌ) ولو رجعيًّا (حَضَنَتْ) حالاً ولو في العِدّةِ إنْ رَضيَ المُطَلِّقُ ذو البيت بدخولِ الولدِ له وذلك لِزَوالِ المانِعِ ومن ثَمَّ لو أسقَطَت الحاضِنةُ حَقَّها انتقَلَ لِمَنْ يَليها فإذا رجعتْ عادَ حَقُّها. (فإنْ غابَت الأُمُّ أو امتنعتْ فـ) الحضانةُ (للجَدّةِ) أُمِّ الأُمِّ (على الصّحيحِ) كما لو ماتتْ، أو جُنّتْ وقضيّتُه أنّ الأُمَّ لا تُجْبَرُ، ومَحَلُّه إنْ لم يلزمْها نفقتُه وإلا أُجبِرَتْ، ومثلُها كلُّ أصلٍ يلزمُه الإنفاقُ ومنه إذِ المُرادُ به الكِفايةُ. الإخدامُ بنحوِ شراءِ خادمٍ، أو استئجارِه لِمَنْ يُخْدَمُ مثلُه ولا يلزمُ الأُمَّ المُستَحِقة للحضانةِ إذا لم يلزمْها إنْفاقُه أنْ تخدُمَه، وقولُ الماوَرْديِّ إذا كان مثلُها لا يخدُمُ مَرْدودٌ بأنّ الإخدامَ من جُمْلةِ الإنفاقِ اللّازِمِ لِغيرِها فلا يلزمُها، وإنْ كان مثلُها يخدُمُ ولَدَه، ومَنِ استَحَقَّت الحضانةَ فحَضَنَتْ بقَصْدِ الرُّجوعِ وأشهَدَتْ عليه فإنْ كان ذلك لِغَيْبةِ المُنْفِقِ أو امتناعِه، ومع فقْدِ القاضي رجعتْ بأُجْرَتِها، وإلا فلا نظيرُ ما مَرَّ في النّفَقة خلافًا لِمَنْ أطلقَ الرُّجوعَ ولِمن أطلقَ عدمَه.

(تنبيهٌ): قامَ بكلٍّ من الأقارِبِ مانِعٌ من الحضانةِ رُجِعَ في أمرِها للقاضي الأمينِ فيَضَعُه عندَ الأصلَحِ منهنّ، أو من غيرِهِنّ كما بحثه الأذرَعيُّ وغيرُه خلافًا للماوَرْديِّ في قولِه: لا يختلفُ المذهبُ في أنّ أزْواجَهُنّ إذا لم يمنعوهُنّ يَكُنّ باقياتٍ على حَقِّهِنّ فإنْ أذِنَ الزوجُ واحدةً فقط فهي الأحَقُّ، وإنْ بَعُدَتْ، أو زوجا ثِنْتَين قُدِّمت قُرباهما.

(هذا كلُّه في غيرِ مُمَيِّزٍ والمُمَيِّزُ) الذّكرُ والأنثى ومَرَّ ضابِطُه قُبَيْلَ الأذانِ (إن افْتَرَقَ أبواه) مع أهليَّتِهما، ومُقامِهما في بَلَدٍ واحدٍ خُيِّرَ إنْ ظهر للقاضي أنّه عارِفٌ بأسبابِ الاختيارِ وإذا اختارَ

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٥٤٣٧]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ٢٢٢١]، وغيرهما من حديث: أبي هريرة ﷺ. بلفظ: (لا يوردن ممرض على مصح).

كان عندَ مَن اختارَ منهما، فإنْ كان في أحدِهما جُنونٌ أو كُفْرٌ أو رِقٌّ أو فِسْقٌ أو نَكَحَتْ فالحقُّ للآخرِ، ويُخَيَّرُ بين أُمٍّ وجَدٍّ، وكذا أَخٌ أو عَمٌّ أو أبٌ مع أُخْتٍ أو خالةٍ في الأصَحِّ، فإن اخْتارَ أحَدَهما ثم الآخَرَ حوِّلَ إليه، فإن اخْتارَ الأبَ ذَكَرٌ لم يَمنَعْه زيارةُ أُمِّه ويَمنَعُ أُنْثى، ولا يَمنَعُها دُخولاً عليهما زائِرةً، والزِّيارةُ مَرَّةً في أيّامٍ، فإنْ مَرِضا فالأُمُّ أولَى بتَمريضِهما فإنْ رَضِيَ به في بَيْتِه، وإلّا فَفي بَيْتِها، ....

أحدَهما (كان عندَ مَنِ اختارَ منهما) للخبرِ الحسَنِ «أنّه ﷺ خَيَّرَ غُلامًا بين أبيه وأُمِّه»[1] وإنّما يَدَّعي الغُلامُ المُمَيِّزُ ومثلُه الغُلامةُ (فإنْ كان في أحدِهما) مانِعٌ ومنه (جُنونٌ، أو كُفرٌ، أو رِقٌّ أو فِسقٌ، أو نَكحَتْ) مَنْ لا حَقَّ له في الحضانةِ (فالحقُّ للآخرِ) لانحِصارِ الأمرِ فيه. (ويُخَيَّرُ) المُمَيِّزُ الذي لا أب له (بين أُمٍّ)، وإنْ عَلَتْ (وجَدٍّ)، وإنْ عَلا عندَ فقْدِ مَنْ هو أقربُ منه، أو قيامِ مانِعٍ به لِوجودِ الوِلادةِ في الكلِّ (وكذا) الحواشي فهم كالجدِّ ومنهم (أخٌ وعَمٌّ)، أو ابنُه إلا ابنَ عَمٍّ في مُشْتَهاةٍ ولا بنتَ له ثِقة أي: مثلاً والمُرادُ أنّه لا يَجِدُ ثِقة يُسَلِّمُها إليها وحينئذٍ فلا اعتراضَ عليهما خلافًا لِمَنْ زعمَه فيتخَيَّرُ بين أحدِهم. والأُمُّ في الأصحِّ كالأبِ بجامِعِ العُصوبةِ (ولأنّه ﷺ خَيَّرَ ابنَ سبعٍ، أو ثمانٍ بين أُمِّه وعَمِّه) رَواه الشافعيُّ (أو أبٌ مع أختٍ) شَقيقة، أو لأمٍّ (أو خالةٍ) حيثُ لا أُمَّ فيُخَيَّرُ بينهما (في الأصحِّ) فإنْ فُقِدَ الأبُ أيضًا خُيِّرَ بين الأخت، أو الخالةِ، وبَقيّةِ العصبةِ على الأوجَه وظاهرُ كلامِهم أنّ التَّخْييرَ لا يَجْري بين ذكرَين ولا أنثيَين.

(فإن اختارَ أحدَهما) أي: الأبوَين ومَنْ أُلْحِقَ بهما (ثمّ الآخرَ حوِّلَ إليه)؛ لأنّه قد يَبْدو له الأمرُ على خلافِ ظَنِّه نعم، إنْ ظُنَّ أنّ سببَه قِلّةُ عقلِه فعندَ الأُمِّ، وإنْ بَلَغَ كما قبلَ التمييزِ (فإن اختارَ الأب ذكرٌ لم يمنعه زيارةَ أُمِّه) أي: لم يَجُزْ له ذلك وتَكْليفُها الخُروجَ لِزيارَته؛ لأنّه يُؤَدّي للعُقوقِ وقَطْعِ الرّحِمِ (ويمنعُ أنثى) ومثلُها هنا وفيما يأتي الخُنثَى من زيارةِ أُمِّها لِتألَفَ الصِّيانةَ. وإفتاءُ ابنِ الصّلاحِ بأنّ الأُمَّ إذا طلبتْها أُرْسِلَتْ إليها محمولٌ على معذورةٍ عن الخُروجِ للبنت لِنحوِ تَخَدُّرٍ، أو مَرَضٍ، أو مَنْعِ نحوِ زوجٍ، ويظهرُ أنّ مَحَلَّ إلزامِ وليِّ البنت بخُروجِها للأُمِّ عندَ عُذْرِها بناءً على ما ذُكِرَ حيثُ لا ريبةَ في الخُروجِ قويّةً وإلا لم يلزمْه.

(ولا يمنعُها) أي: الأبُ والأُمَّ (دخولاً عليهما) أي: الابنِ والبنت إلى بيته (زائِرةً) حيثُ لا خَلْوةَ له بها مُحَرَّمةً ولا ريبةَ كما هو ظاهرٌ نظيرُ ما يأتي في عكسِه دَفْعًا للعُقوقِ. (والزّيارةُ مَرّةً في أيّامٍ) على العادةِ لا في كلِّ يومٍ ولا تُطيلُ المُكْثَ (فإنْ مَرِضا فالأُمُّ أولى بتمريضِهما)؛ لأنّها أصبرُ عليه (فإنْ رَضيَ به في بيته) بالشرطَين المذكورَين فذاك (وإلا ففي بيتها) فهو المُخَيَّرُ في ذلك نعم، إنْ أضَرَّت النُّقْلةُ

(١) [صحيح] أخرجه: الترمذي في (الجامع) [رقم/ ١٣٥٧]، وابن ماجه في (سننه) [رقم/ ٢٣٥١]، والشافعي في (مسنده/ مع ترتيب السندي) [رقم/ ١٣٧٧]، من حديث أبي هريرة ﵁.
قلت: حديث صحيح. ينظر: (إرواء الغليل) للألباني [٧/ ٢٤٩].

وإن اختارَها ذَكَرٌ فعندَها لَيْلاً، وعندَ الأبِ نَهارًا، ويُؤَدِّبُه ويُسَلِّمُه لِمَكْتَبٍ أو حِرْفةٍ، أو أُنْثى فَعَنْدَها لَيْلاً ونَهارًا، ويَزورُها الأبُ على العادةِ، وإن اختارَهما أُقْرِعَ فإنْ لم يَخْتَرْ فالأُمُّ أولَى، وقيلَ يُقْرَعُ.

ولو أرادَ أحَدُهما سَفَرَ حاجةٍ كان الولَدُ المُمَيِّزُ وغيرُه مع المُقيمِ حتّى يَعودَ، أو سَفَرَ نُقْلةٍ فالأبُ أولَى ....

لِبيتها امتنعتْ ولو مَرِضَت الأُمُّ فليس للأبِ مَنْعُ الولدِ الذّكرِ والأنثى من عيادَتها (ولو اختارَها ذكرٌ فعندَها) يكونُ (ليلاً وعندَ الأبِ) وإنْ عَلا ومثلُه وصيٌّ وقَيِّمٌ يكونُ (نهارًا) وهو كاللّيْلِ للغالِبِ ففي نحوِ الأتونيِّ الأمرُ بالعكسِ نظيرُ ما مَرَّ في القسَمِ (يُؤدِّبُه) وجوبًا بتعليمِه طَهارةَ النّفْسِ من كلِّ رَذيلةٍ وتَحلِّيها بكلِّ محمودٍ (ويُسَلِّمُه) وجوبًا (المكتَبِ) بفتحِ الميمِ مع فتْحِ أو كسرِ التّاءِ وهو مَحلُّ التعليم وسَمّاه الشافعيُّ الكُتّابَ كما هو على الألسِنةِ، ولم يُبالِ أنّه جمعُ كاتبٍ (وحِرْفة) أي: ذَيْهما. وظاهرُ كلامِ الماوَرْديِّ أنّه ليس لأبٍ شَريفٍ تعليمُ ابنِه صَنْعةً تزريه؛ لأنّ عليه رِعايةَ حَظِّه ولا يَكِلُه إلى أُمِّه لِعَجْزِ النّساءِ عن مثلِ ذلك، وأُجْرةُ ذلك في مالِ الولدِ إنْ وُجِدَ وإلا فعلى مَنْ عليه نفقتُه وأفتى ابنُ الصّلاحِ في ساكِنٍ ببَلَدٍ، ومُطَلَّقَتُه بقَرْيةٍ وله منها ولَدٌ مُقيمٌ عندَها في مَكْتَبٍ بأنّه إنْ سقَطَ حَظُّ الولدِ بإقامَته عندَها فالحضانةُ للأبِ رِعايةً لِمَصْلَحته، وإنْ أضرَّ ذلك بأُمِّه، ويُؤْخَذُ منه أنّ مثلَ ذلك بالأولى ما لو كان في إقامَته عندَها ريبةٌ قويّةٌ (أو) اختارَها (أنثى فعندَها) تكونُ (ليلاً ونَهارًا) لاستوائِهما في حَقِّها إذِ الأليَقُ بها ستْرُها ما أمكنَ.

(ويَزورُها الأبُ على العادةِ) ولا يَطْلُبُها لِما ذُكِرَ، وأُخِذَ من اعتبارِ العادةِ المنْعُ ليلاً لِما فيه من الرّيبةِ ويَرُدُّه اشتراطُهم في دخولِه على الأُمِّ وجودَ مانِعِ خَلْوةٍ من نحوِ محرَمٍ أو امرَأةٍ ثِقةٍ، ولو مات أُجيبَ الأبُ إلى مَحَلِّ دَفْنِه على الأوجَه ولها بعدَ البُلوغِ الانفِرادُ عن نحوِ أبوَيْها إلا إنْ ثَبَتَتْ ريبةٌ ولو ضعيفة فيما يظهرُ فلِوَلِيِّ نِكاحِها، وإنْ رَضيَ أقرَبُ منه ببَقائِها في مَحلِّها فيما يظهرُ أنْ يمنعَها الانفِرادَ بل يَضُمُّها إليه إنْ كان محرَمًا وإلا فإلى مَنْ يأمَنُها بموضِعٍ لائِقٍ. ويُلاحِظُها ويظهرُ في أمرَدَ ثَبَتَت الرّيبةُ في انفِرادِه أنّ لِوَلِيِّه مَنْعَه منه كما ذُكِرَ، ثمّ رأيتَهم صرحوا به وجوَّزوا ذلك لِكلِّ عصبته وهو شاهِدٌ لِما قدَّمْته في الأنثى أيضًا (وإن اختارَهما أُقْرِعَ) بينهما إذْ لا مُرَجِّحَ (وإنْ لم يختر) واحدٌ منهما (فالأُمُّ أولى)؛ لأنّها أشفَقُ واستصْحابًا لِما كان (وقيلَ يُقرَعُ) بينهما إذْ لا أولَويّةَ حينئذٍ ويُرَدُّ بمَنْعِ ذلك. (ولو أرادَ أحدُهما سفرَ حاجةٍ) غيرَ نُقْلةٍ (كان الولدُ المُمَيِّزُ، وغيرُه مع المُقيم حتى يَعودَ) المُسافِرُ لِخطرِ السّفَرِ طالَ، أو قصُرَ فإنْ أرادَه كلٌّ منهما واختلفا مقصِدًا وطَريقًا كان عندَ الأُمِّ وإنْ كان سفرُها أطوَلَ ومقصِدُها أبعد ولِلرّافِعيِّ احتمالٌ فيه (أو) أرادَ أحدُهما (سفرَ نُقْلةٍ فالأبُ أولى) به، وإنْ كان هو المُسافِرُ ولو كان للأبِ أبٌ ببَلَدِ الأُمِّ احتياطًا لِلنّسَبِ ولِمَصْلَحةِ نحوِ التعليمِ والصّيانةِ وسُهولةِ الإنفاقِ نعم، إنْ صَحِبَتْه الأُمُّ، وإن اختلف مقصِدُهما، أو لم تصحَبْه واتَّحَدَ مقصِدُهما دامَ حَقُّها كما لو عادَ

بشَرْطِ أمنِ طَرِيقِه والبلَدِ المقْصودِ، قيلَ ومَسافةُ قَصْرٍ. وَمَحارِمُ العصَبةِ في هذا كالأَبِ، وكذا ابنُ عَمٍّ لِذَكَرٍ ولا يُعْطَى أُنْثَى، فإنْ رافقَتْه بنتُه سُلِّمَ إليها عليه كِفايةُ رَقيقِه نَفَقةً، وكِسْوةً وإنْ كان أعْمَى زَمِنًا ومُدَبَّرًا ومُسْتَوْلَدَةً ....

لِمَحَلِّها وواضِحٌ فيما إذا اختلف مقصِدُهما وصَحِبَتْه أنّها تَستحِقُّها مُدّةَ صُحْبَتِه لا غيرُ وإنّما يَجوزُ السّفَرُ به (بشرطِ أمنِ طَرِيقِه والبلَدِ) أي: المحَلِّ (المقصودِ) إليه فإنْ كان أحدُهما مَخوفًا امتنع السّفَرُ به وأُقِرَّ عندَ المُقيمِ، وكذا إنْ لم يصلح المحَلُّ المُنْتَقَلُ إليه عندَ المُتَوَلّي، أو كان وقتَ شِدّةِ حَرٍّ، أو بَرْدٍ عندَ ابنِ الرِّفعةِ، أو كان السّفَرُ به بَحْرًا أخذًا من مَنْعِهم السّفَرَ بمالِه فيه قيلَ: بل أولى انتهى. ومَرَّ أواخِرَ الحجْرِ ما يَرُدُّه، أو كان به إلى دارِ الحربِ وإنْ أمِنَ كما نَقَله الأذرَعيُّ واعتمده، وليس خوفُ الطّاعونِ مانِعًا، وإنْ وُجِدَتْ قرائِنُه كما هو ظاهرٌ نَظَرًا لأصلِ عدمِه، والقرائِنُ كثيرًا ما تَتَخَلَّفُ بخلافِ تَحَقُّقِه لِحرمةِ الدُّخولِ إلى مَحَلِّه كالخُروجِ منه لِغيرِ حاجةٍ ماسّةٍ (قيلَ و) شرطُ كونِ السّفَرِ بقدرِ (مَسافة قصْرٍ)؛ لأنّ الانتقال لِما دونَها كالإقامةِ بمَحَلّةٍ أخرى من بَلَدٍ مُتّسِعٍ لِسُهولةِ مُراعاةِ الولدِ قيلَ: وعليه الأكثرون ورُدَّ بمَنْعِ سُهولةِ رِعايةِ مَصالِحِه حينئذٍ ولو نازعتْه في قَصْدِ النُّقْلةِ حَلَفَ فإنْ نَكلَ حَلَفت وأمسَكتْه (ومَحارِمُ العصبةِ) كالأخِ والعمِّ (في هذا) أي: سفَرِ النُّقْلةِ (كالأبِ) فيُقَدَّمون على الأُمِّ احتياطًا لِلنّسَبِ أيضًا بخلافِ محرَمٍ لا عُصوبةَ له كأبي أُمٍّ وخالٍ وأخٍ لأُمٍّ وقال المُتَوَلّي وأقَرَّه في الروضةِ لكن أطالَ البُلْقينيُّ في رَدِّه أنَّ الأقرَبَ كالأخِ لو أرادَ النُّقْلةَ وهناك أبعَدُ كالعمِّ كان أولى (وكذا ابنُ عَمٍّ لِذكرٍ) فيأخُذُه إذا أرادَ النُّقْلةَ لِما مَرَّ (ولا يُعطَى أنثى) مُشْتَهاةً حَذَرًا من الخلْوةِ المُحَرَّمةِ (فإنْ رافقته بنتُه) أو نحوُها المُكلَّفة الثِّقة (سُلِّمَ) المحضونُ الذي هو أنثى (إليها) لانتفاءِ المحذورِ حينئذٍ ونازع فيه الأذرَعيُّ وأطالَ بما فيه نَظَرٌ.

فصل في مُؤْنةِ المماليكِ وتَوابِعِها

(عليه) أي: المالِكِ (كِفايةُ رَقيقِه) إلا مُكاتَبًا ولو كِتابةً فاسِدةً ومُزَوَّجةً تجبُ نفقتُها فإنْ قُلْت: لِمَ وجَبَتْ نفقةُ المُرْتَدِّ هنا لو فُرِضَ تأخُّرُ قتلِه بخلافِ نظيرِه في القريبِ قُلْت؛ لأنّ الموجِبَ هنا الملكُ وهو موجودٌ وثَمَّ مواساةُ القريبِ، والمُهْدَرُ ليس من أهلِ المواساةِ (نفقةً) قوتًا وأُدْمًا بلا تقديرٍ (وكِسوةً) وسائِرَ مُؤَنِه كماءِ طُهْرِه قولُ المُحَشّي قولُه: ولو سفَرًا ليس في نُسَخِ الشّارِحِ التي بأيدينا في الحضَرِ لِخبرِ مسلم «للمملوكِ طَعامُه وكِسوَتُه ولا يُكلَّفُ من العمَلِ ما لا يُطيقُ»(١) وقيسَ بما فيه غيرُه (وإنْ كان) مُستَحَقَّ المنفعةِ للغيرِ بنحوِ وصيّةٍ، أو إجارةٍ، أو آبِقًا، أو (أعمَى زَمِنًا) أكولاً، وإنْ زادتْ كِفايَتُه على كِفايةِ مثلِه والواجبُ أوّلُ الشِّبَعِ والرّيِّ كما يأتي نظيرُ ما مَرَّ (ومُدَبَّرًا ومُستولَدةً) لِبَقاءِ ملكِه

---

(١) [صحيح] أخرجه: مسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٦٦٢]، وغيره من حديث: أبي هريرة ﵁.
قلتُ: حديث.

من غالِبِ قوتِ رَقيقِ البلَدِ وأُدْمِهم وكِسْوَتِهم، ولا يَكْفي سِتْرُ العوْرةِ. وَسُنّ أنْ يُناوِلَه مِمّا يَتنَعَّمُ به من طَعامٍ وأُدْمٍ وكِسْوةٍ. وَتَسْقُطُ بمُضيِّ الزّمانِ ويَبيعُ القاضي فيها مالَه، فإنْ فُقِدَ المالُ أمَرَه ....

لهما وإنّما تجبُ (من غالِبِ) نحوِ (قوت رَقيقِ البلَدِ وأُدْمِهم) إن اختلف نحوُ قوتهم باختلافِ جَمالِهم وبيَسارِ ساداتهم وإلا اعْتُبِرَ غالِبُ قوت البلَدِ وعليه حَمَلوا خبرَ «فلْيُطْعِمْه من طَعامِه ولْيُلْبِسه من لِباسِه»[1]، وخبرَ «وأطعِموهم مِمّا تأكلون»[2]، ولا نَظَرَ لِما يأكلُه السّيِّدُ، أو يَلْبَسُه غيرُ لائِقٍ به بُخْلًا، أو رياضةً (و) من غالِبِ (كِسوَتِهم) أي: الأرِقّاءِ كذلك لِخبرِ الشافعيِّ ﷺ: (للمملوكِ نفقتُه وكِسوَتُه بالمعروفِ) قال: والمعروفُ عندَنا المعروفُ لِمثلِه ببَلَدِه (ولا يكفي سِتْرُ العورةِ)، وإنْ لم يَضُرَّه؛ لأنّ فيه إذْلالاً له وتَحْقيرًا نعم، إن اعْتيدَ ولو ببِلادِنا على الأوجَه كفَى إذْ لا تَحْقيرَ حينئذٍ. (ويُسَنُّ) لِمَنْ لم يَفْعَلِ الأفْضَلَ من إجلاسِه معه للأكلِ أي: حيثُ لا ريبةَ فيما يظهرُ (أنْ يُناوِلَه مِمّا يتنَعَّمُ به) ولو فوقَ اللّائِقِ به (من طَعام وأُدْم) لا سيَّما ما عالَجَه لِخبرِ الشيخينِ «إذا أتى أحدَكُم خادِمُه بطَعامِه فإنْ لم يُقْعِدْه معه فلْيُناوِلْه لُقْمةً، أو لُقْمَتَين، أو أُكْلةً، أو أُكْلَتَين فإنّه ولِيَ حَرَّه وعِلاجَه»[3] والتعليلُ بما بعدَ الفاءِ يُرْشِدُ إلى حملِهم للأمرِ على النّدْبِ ويُسَنُّ أنْ يكون ما يُناوِلُه له يَسُدُّ مَسَدًّا لا قليلاً يُهَيِّجُ الشّهْوةَ ولا يقضي النّهمةَ (و) من (كِسوةٍ)؛ لأنّه من مَكارِمِ الأخلاقِ ويظهرُ في أمرَدَ جميلٍ أنّه يُسَنُّ أنْ لا يُنَعِّمَه بنحوِ مَلْبوسِه النّاعِمِ؛ لأنّ ذلك يُؤَدّي إلى سوءِ الظّنِّ به والوُقوعِ في عِرْضِه لا سيَّما اليومَ، وقد فشا هذا الفسادُ وغيرُه.

(وتسقطُ) كِفايةُ القِنِّ (بمُضيِّ الزّمَنِ) كنفقةِ القريبِ بجامِعِ اعتبارِ الكِفايةِ فيهما ومن ثَمَّ لم تَصِرْ دَيْنًا إلا بما مَرَّ ثَمَّ. (ويَبيعُ القاضي فيها ماله) أو يُؤَجِّرُه عندَ امتناعِه منها ومن إزالةِ ملكِه عنه بعدَ أمرِ القاضي له بالبيعِ، أو الإيجارِ، أو عندَ غَيْبَته نظيرُ ما مَرَّ ثَمَّ ففيما يتيَسَّرُ بيعُ بعضِه، أو إيجارُه شيئًا فشيئًا بقدرِ الحاجةِ يَفْعَلُ ذلك فيه، وفي غيرِه كالعقارِ يستَدينُ حتى يَجْتَمِعَ قدرٌ صالِحٌ، ثمّ يَبيعُ ما يَفي به، أو يُؤَجِّرُه ولو تعذَّرَ بيعُ البعضِ، وإيجارُه وتعذَّرَت الاستدانةُ باعَ الكلَّ، أو آجَرَه هذا في غيرِ محجورٍ عليه، أمّا هو فيجبُ فعلُ الأحَظِّ له من بيعِ القِنِّ أو إجارَته، أو بيعِ مالٍ له آخرَ، أو الاقتراضِ على مَغَلِّه. (فإنْ فُقِدَ المالُ) بأنْ لم يكن لِمالِكِه مالٌ ولو ببَلَدِ القاضي فقط فيما يظهرُ والمالِكُ حاضِرٌ مُمْتَنِعٌ من إنْفاقِه (أمَرَه) القاضي بإيجارِه أي: إنْ وفَّى بمُؤْنَته فيما يظهرُ أو بإزالةِ ملكِه

---

(١) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٥٧٠٣]، مسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٦٦١]، والترمذي في (الجامع) [رقم/ ١٩٤٥]، وغيرهم من حديث: أبي ذر ﷺ به نحوه.

(٢) [صحيح] ينظر ما قبله.

(٣) [صحيح] أخرجه: البخاري في (صحيحه) [رقم/ ٢٤١٨]، ومسلم في (صحيحه) [رقم/ ١٦٦٣]، وغيرهما من حديث: أبي هريرة ﷺ .

ببَيْعِه أو إعْتاقِهِ. وَيُجْبِرُ أَمَتَه على إرْضاعِ ولَدِها، وكذا غيرُه إنْ فَضَلَ عنه، وفَطْمِه قبلَ حَوْلَيْنِ إنْ لم يَضُرَّه، وإرْضاعِه بعدهما إنْ لم يَضُرَّها. وَلِلحُرَّةِ حَقٌّ في التَّرْبيةِ، فَليس لأحَدِهما ....

عنه (ببيعِه، أو إعتاقِه)، أو نحوِهما فإنْ أبى باعَه، أو آجَرَه عليه فإنْ لم يَجِدْ مشتريًا، ولا مُستأجِرًا أنْفَقَ عليه من بيت المالِ أي: قرْضًا فيما يظهرُ أخذًا مِمّا مَرَّ في اللّقيطِ فإنْ لم يكن فيه مالٌ، أو مَنَعَ ناظِرُه تعدّيًا فعلى مَياسيرِ المسلمين، وما اقتضاه كلامُهما من أنّه مُخَيَّرٌ بين البيعِ، والإجارةِ ينبغي حملُه كما هو معلومٌ من مَحَلِّه على ما إذا استوَتْ مَصْلَحَتُهما في نَظَرِه والأوجَبُ فعلُ الأصلَحِ منهما فقولُ جمعٍ يجبُ الإيجارُ أو لا يُحمَلُ على ما إذا كان أصلَحَ هذا كلُّه في غيرِ المُستولَدةِ، أمّا هي فيُخَلّيها إنْ لم يُزَوِّجْها ولا آجَرَها لِتَكْتَسِبَ كِفايتها فإنْ لم يكن لها كسبٌ، أو لم يَفِ بها ففي بيت المالِ ثمّ المياسيرِ.

(تنبيهٌ) قضيّةُ كلامِهم في المُمْتَنِعِ هنا الذي له مالٌ أنّ القاضيَ لا يَبيعُ عليه القِنّ المُمْتَنِعَ من إنْفاقِه، وإنْ رَآه أصلَحَ وأنّه يَبيعُ لِكِفايَته بَقِيّةَ أموالِه ولو رَقيقًا مَكْفيًّا بكسبه، وهو مُشْكِلٌ لا سيَّما في الغائِبِ المنوطِ التّصَرُّفُ في مالِه بالأصلَحِ، ولو قيلَ: في الغائِبِ يَجوزُ لِما ذُكِرَ دون المُمْتَنِعِ؛ لأنّ امتناعَه من بيعِه يَدُلُّ على قوّةِ الرّغْبةِ في إمساكِه دون غيرِه لم يَبْعُدْ، ثمّ رأيت كلامَهم الآتيَ في الدّابّةِ وهو صريحٌ في أنّ القاضي لو رَأى بيعَه أصلَحَ باعَه سواءٌ المُمْتَنِعُ الذي له مالٌ وغيرُه ولا فارِقَ بين الدّابّةِ والقِنّ في ذلك كما صرّح به غيرُ واحدٍ.

(ويُجبِرُ) إنْ شاءَ (أمَتَه على إرْضاعِ ولَدِها) ولو من غيرِه بزِنًا وغيرِه؛ لأنّه يملكُ لَبَنَها ومَنافِعَها بخلافِ الزوجةِ ولو طلبتْ إرْضاعَه لم يَجُزْ له مَنْعُها منه؛ لأنّ فيه تفريقًا بين الوالِدةِ ووَلَدِها إلا عندَ تَمَتُّعِه بها فيُعْطيه لِغيرِها إلى فراغِ تَمَتُّعِه وإلا إذا كان إرْضاعُها له يُقَذِّرُها بحيثُ تنفرُ طِباعُه عنها فيما يظهرُ، وله في الحُرِّ طَلَبُ أُجرةِ رَضاعِها له والتَّبَرُّعُ بها رَضيَتْ، أو أبتْ (وكذا غيرُه) أي: غيرُ ولَدِها فيَجْبُرُها على إرْضاعِها أيضًا (إنْ فضَلَ) لَبَنُها (عنه) أي: عن ولَدِها لِكثرَته مثلاً بخلافِ ما إذا لم يَفضُلْ لقوله تعالى ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:٢٣٣] هذا إنْ كان ولَدُها ولَدَه أو ملكه فإنْ كان ملك غيرِه، أو حُرًّا فله أنْ يُرْضِعَها مَنْ شاءَ؛ لأنّ إرْضاعَ هذا قولُه أنّ له أخذَ الأُجْرةِ لَعَلَّ هنا سقْطًا أي وقال غيرُه مثلاً وقولُه بأنْ يَخُصَّ ليس موجودًا بنُسَخِ الشرحِ التي بأيدينا فلْيُحَرَّرْ على بعضِه أو مالِكِه (و) على (فطمِه قبلَ حَولينِ إنْ لم يَضُرَّه) أو يَضُرَّها ذلك.

(و) على (إرْضاعِه بعدَهما إنْ لم يَضُرَّها) أو يَضُرَّه واقتصَرَ في كلٍّ من القِسمَين على الأغلَبِ فيه فلا يَرِدُ عليه ما زِدْتُه فيهما، وليس لها الاستقلالُ بأحدِ هذينِ إذْ لا حَقَّ لها في نفسِها (وللحُرّةِ) الأمُّ، ويظهرُ أنْ يَلْحَقَ بها مَنْ لها الحضانةُ من أُمّهاتها وأُمّهات الأبِ (حَقٌّ في التربيةِ) كالأبِ (فليس لأحَدِهما) أي: الأبوَين الحُرَّين، ويظهرُ أنّ غيرَهما عندَ فقْدِهما مِمّنْ له حضانةٌ مثلُهما في ذلك

فَطْمُه قبلَ حَوْلَيْنِ ولهما إنْ لم يَضُرَّه، ولأَحَدِهما بعد حَوْلَيْنِ، ولهما الزِّيادةُ. وَلا يُكَلِّفُ رَقيقَه إلّا عَمَلاً يُطيقُه، ويَجوزُ مُخارَجَتُه بشَرْطِ رِضاهما وهي: خَراجٌ ....

(فطْمُه قبلَ حَولينِ) من غيرِ رِضا الآخرِ لأنّهما تمامُ مُدّةِ الرّضاعِ نعم، إنْ تَنازَعا أُجيبَ طالِبُ الأصلَحِ للوَلَدِ كالفطْمِ عندَ حملِ الأمِّ أو مَرَضِها، ولم يوجَدْ غيرُها فيَتعيَّنُ وكلامُهم محمولٌ على الغالِبِ ذكرَه الأذرَعيُّ (ولَهما) فطْمُه قبلَهما (إنْ لم يَضُرَّه) ولم يَضُرَّها لانتفاءِ المحذورِ (ولأَحَدِهما) فطْمُه بغيرِ رِضا الآخرِ (بعدَ حَولينِ) لِمُضيِّ مُدّةِ الرّضاعِ ولم يُقَيِّدْه بذلك نَظَرًا للغالِبِ إذْ لو فُرِضَ إضرارُ الفطْمِ له لِضَعْفِ خِلْقَته أو لِشِدّةِ حَرٍّ، أو بَرْدٍ لَزِمَ الأب بَذْلُ أُجرةِ الرّضاعِ بعدَهما حتى يَجْتَزِئَ بالطّعامِ، وتُجبَرُ الأُمُّ على إرْضاعِه بالأُجرةِ إنْ لم يوجَدْ غيرُها كما عُلِمَ مِمّا مَرَّ (ولَهما الزِّيادةُ) في الرّضاعِ على الحوْلينِ حيثُ لا ضَرَرَ لكن أفتى الحنّاطيُّ بأنّه يُسَنُّ عدمُها إلا لِحاجةٍ.

(ولا يُكلِّفُ رَقيقَه)، أو بهيمَتَه (إلا عَمَلاً يُطيقُه) أي: لا يَجوزُ له أنْ يُكلِّفَه إلا عَمَلاً يُطيقُ دَوامَه للخبرِ السّابِقِ بخلافِ ما إذا كان يُطيقُه يومَينِ، أو ثلاثةً، ثمّ يعجِزُ نعم، له أنْ يُكلِّفَه الأعمالَ الشّاقةَ في بعضِ الأحيانِ حيثُ لم تَضُرَّه بأنْ يُخشَى منه محذورُ تَيَمُّمٍ فيما يظهرُ، ويُحْتَمَلُ الضّبْطُ بما لا يُحْتَمَلُ عادةً وإنْ لم يُخْشَ منه ذلك المحذورُ وعليه إراحَتُه وقتَ قيْلولةِ الصّيْفِ، وفي غيرِ وقت الاستعمالِ باعتبارِ عادةِ البلَدِ وظاهرٌ عليه وجوبُ ذلك وينبغي حملُه على أنّه بالنّسبةِ لِلدّوامِ لِما تقرّر من جوازِ تَكْليفِه المُشِقَّ لا على الدّوامِ وأفتى القاضي بأنّه إذا كلَّفَه ما لا يُطيقُه بيعَ عليه، وأيَّدَه ابنُ الصّلاحِ ببيعِ المسلمِ على الكافِرِ صيانَةً له عن الذُّلِّ وبما أفتى به أيضًا من بيعِ أمةٍ على مُغَنّيةٍ تَرومُ حملَها على الفسادِ وقَيَّدَه الأذرَعيُّ بما إذا تعيَّنَ طَريقًا لِخَلاصِه بأنْ لم يَمْتَنِعْ من تَكْليفِه ذلك إلا به.

(وتَجوزُ مُخارَجَتُه) أي: القِنِّ كما ثَبَتَ عن جمعٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم بل رَوَى البيْهَقيُّ عن الزُّبَيْرِ رضي الله عنه أنّه كان له ألفُ مملوكٍ يُخارِجُهم، ويتصَدَّقُ بجميعِ خَراجِهم وصَحَّ (أنّه ﷺ أعطى أبا طَيْبةَ لَمّا حَجَمَه صاعَينِ، أو صاعًا من تمرٍ وأمَرَ أهلَه أنْ يُخَفِّفوا عنه من خَراجِه).

(بشرطِ) كونِ القِنِّ يصحُّ تَصَرُّفُه لِنفسِه لو كان حُرًّا كما هو ظاهرٌ، وقُدْرَته على كسبٍ مُباحٍ، وفَضْلِه عن مُؤْنَته إنْ جُعِلَتْ فيه وما فضَلَ يتصرَّفُ فيه كالحُرِّ ويُشْتَرَطُ (رِضاهما) فليس لأَحَدِهما إجبارُ الآخرِ عليها؛ لأنّها عقدُ مُعاوَضةٍ كالكِتابةِ ومع ذلك لا تَلْزَمُ من جِهةِ السّيِّدِ كما هو ظاهرٌ، ويُفَرِّقُ بينهما بأنّ الكِتابةَ تُؤَدّي إلى العتقِ فألزَمْناها من جِهةِ السّيِّدِ لِئَلّا تبطُلَ فائِدَتُها بخلافِ المُخارَجةِ لا تُؤَدّي له فلم يحتج لإلزامِها من جهته ويُؤْخَذُ من كونِها عقدَ مُعاوَضةٍ أنّه لا بُدَّ فيها من صيغةٍ من الجانِبَين، وأنّ صريحَها خارَجْتُك وما اشتُقَّ منه، وأنّ كِنايتَها باذَلْتُك عن كسبِك بكذا ونحوُه ويحث أنّ للوَليِّ مُخارَجةَ قِنِّ محجورِه إذا رَآه مَصْلَحةً وفيه نَظَرٌ؛ لأنّ فيها تَبَرُّعًا وإنْ كانت بأضْعافِ قيمَته وهو ممنوعٌ منه اللّهُمَّ إلا إذا انحَصَرَ صلاحُه فيها وتعذَّرَ بيعُه نظيرُ ما مَرَّ أواخِرَ الحجْرِ من بيعِ ما له بدونِ ثمنِ مثلِه لِلضّرورةِ. (وهي) أي: المُخارَجةُ (خَراجٌ) معلومٌ أي: ضربه عليه

يُؤَدِّيه كُلَّ يَوْمٍ أو أُسْبوعٍ، وعليه عَلْفُ دَوابِّه، وسَقْيُها، فإن امتَنَعَ أُجْبِرَ في المأكولِ على بَيْعٍ أو عَلْفٍ أو ذَبْحٍ، وفي غيرِه على بَيْعٍ أو عَلْفٍ، وَلا يَحْلِبُ ما ضَرَّ ولَدَها، وَما لا روحَ له، كَقَناةٍ ودارٍ لا تَجِبُ عِمارَتُها.

(يُؤَدِّيه) إلى سيِّدِه من كسبه (كلَّ يوم، أو أسبوع) أو شهرٍ مثلاً.

(وعليه) أي: مالِكِ دَوابَّ لم يُرِدْ بيعَها ولَا ذبحَ ما يَحِلُّ منها (عَلْفُ) بالسُّكونِ كما بخَطِّه وهو الفعلُ وبفتحِها وهو المعلوفُ (دَوابِّه) المُحْتَرَمةِ، وإنْ وصَلَتْ إلى حَدِّ الزَّمانةِ المانِعةِ من الانتفاعِ بها بوجهٍ (وسَقْيُها) وسائرُ ما ينفعُها، وكذا ما يختَصُّ به من نحوِ كلْبٍ مُحْتَرَمٍ كما هو ظاهرٌ، ثمّ رأيت الأذرعيَّ صرّح بذلك مع زيادةٍ فقال: إمّا أنْ يكفيَه، أو يدفعه لِمَنْ يُنْفِقُه، أو يُرْسِله انتهى. وقد يُشْكِلُ على ذلك قولُ الشيخينِ يلزمُه ذبحُ شاته لِكلْبه إذا اضْطُرَّ إلا أنْ يُحْمَلَ على ما إذا لم يُرِدْ إرْساله، أو على ما قبلَ الاضْطِرارِ على أنّه في المجموعِ. نُقِلَ عن القاضي أنّ الأصحَّ مَنْعُ وجوبِ ذبحِها له وذلك لِحرمةِ الرّوحِ هذا إنْ لم تألف الرّعْيَ ويكفيها وإلا كفَى إرْسالُها له حيثُ لا مانِعَ وعليه أوّلُ الشِّبَعِ والرِّيِّ لا نِهايَتُهما نظيرُ ما مَرَّ في البعضِ بل أولى فإنْ لم يَكْفِها الرّعْيُ لَزِمَه التّكْميلُ (فإن امتنع) من عَلْفِها وإرسالِها ولا مالَ له آخرَ أُجْبِرَ على إزالةِ ملكِه، أو ذبحِ المأكولةِ، أو الإيجارِ صونًا لها عن التّلَفِ فإنْ أبى فعلى الحاكِمِ الأصلَحُ من ذلك، أو وله مالٌ (أُجْبِرَ في المأكولِ على) مُزيلِ ملكٍ بنحوِ (بيعٍ) إذا لم يكن إجارَتُه، أو يَفي بمُؤْنَته (أو عَلْفٍ) بالسُّكونِ كما بخَطِّه أيضًا (أو ذبحٍ وفي غيرِه على بيعٍ) بشرطِه (أو عَلْفٍ) صيانةً لها عن الهلاكِ فإنْ أبى فعلى الحاكِمِ الأصلَحُ من ذلك، أو بيعُ بعضِها، أو إيجارُها فإنْ تعذَّرَ ذلك كلُّه أنْفَقَ عليها من بيت المالِ، ثمّ المياسيرِ، فإنْ لم يَجِدْ إلا ما يَغْصِبُه غَصَبَه إنْ لم يَخَفْ مُبيحَ تَيَمُّمٍ كما هو ظاهرٌ.

(ولا يحلُبُ) من البهيمةِ المأكولةِ وغيرِها كما هو ظاهرٌ (ما ضَرَّ) ها ولو لِقِلّةِ العلَفِ، أو (ولَدِها) لِلنّهْيِ الصّحيحِ عنه وظاهرُ ضَبْطِ الضّررِ بما مَنَعَ من نُموِّ أمثالِهما، وضَبْطُه فيه بما يحفَظُه عن الموت تَوَقَّفَ فيه الرّافِعيُّ وصَوَّبَ الأذرعيُّ الضّبْطَ بما قرَّرْته لِقولِ الماوَرْديِّ أنّه كوَلَدِ الأمةِ فلا يحلُبُ منها إلا ما فضَلَ عن ريِّه حتى يستَغْنيَ عنه برَعْيٍ، أو عَلَفٍ وليس له أنْ يعدِلَ به عن لَبَنِها لِغيرِه إلا إن استمرَأه، ويُسَنُّ قصُّ ظُفرِ الحالِبِ وأنْ لا يستقصيَ ويجبُ حَلْبُ ما ضَرَّها بَقاؤُه كجَزِّ نحوِ صوفٍ، ويحرُمُ حَلْقُه من أصلِه؛ لأنّه تعذيبٌ، وكراهَتُه في كلامِ الشافعيِّ المُرادُ بها التحريمُ، وقد تُحْمَلُ على ما لا تعذيبَ فيه إنْ تُصوِّرَ.

(وما لا روحَ له كقَناةٍ ودارٍ لا تجبُ عِمارَتُها) على مالِكِها الرّشيدِ؛ لأنّها تنميةٌ للمالِ وهي لا تجبُ نعم، يُكْرَه تركُها إلى أنْ تخرَبَ لِغيرِ عُذْرٍ كتركِ سقْيِ زَرْعٍ، وشَجَرٍ دون تركِ زِراعةِ الأرضِ وغَرْسِها، ولا يُنافي ما هنا من عدمِ تَحْريمِ إضاعةِ المالِ تصريحَهم في مَواضِعَ بحرمَته؛ لأنّ مَحَلَّ الحرمةِ حيثُ كان سبَبُها فعلاً كإلقاءِ مالٍ بِبَحْرٍ، والكراهةُ حيثُ كان سبَبُها تركًا كهذه الصّوَرِ لِمَشَقّة

....

العمَلِ، أمّا غيرُ رَشيدٍ فيلزمُ وليَّه عِمارةُ دارِه وأرضِه، وحِفظُ ثمرِه وزَرْعِه، وكذا وكيلٌ وناظِرُ وقفٍ، وأمّا ذو الرّوحِ المُحْتَرَمةِ فيلزمُ مالِكه رِعايةُ مَصالِحِه، ومنها إبقاءُ عسلٍ لِلنّحْلِ في الكوّارةِ إنْ تعيَّنَ لِغِذائِها، وعَلَفُ دودِ القزِّ من ورَقِ التّوت، ويُباعُ فيه مالُه كالبهيمةِ فإذا استَكْمَلَ جازَ تجفيفُه بالشّمْسِ، وإنْ أهلَكه لِحُصولِ فائِدَته كذبحِ المأكولِ، ولا تُكْرَه عِمارةٌ لِحاجةٍ وإنْ طالَتْ، والأخبارُ الدّالةُ على مَنْعِ ما زاد على سبعةِ أذرُعٍ، وأنّ فيه الوعيدَ الشّديدَ محمولةٌ على مَنْ فعلَ ذلك للخُيَلاءِ والتّفاخُرِ على النّاسِ وتُكْرَه الزّيادةُ عليها أي: لِغيرِ حاجةٍ وصَحَّ أنّ الرّجُلَ لَيُؤْجَرَ في نفقته كلِّها إلا في هذا التُّرابِ أي: ما لم يقصِدْ بالإنفاقِ في البِناءِ به مقصِدًا صالِحًا كما هو معلومٌ واللّه أعلمُ.

تم الجزي الثالث، ويليه الجزء الرابع وأوله «كتاب الجراح»



فهرس

كِتابُ اللُّقَطةِ ٥
(فصْلٌ) في بَيانِ لَقْطِ الحيَوانِ وغيرِه وتَعْريفِهما ٨
(فصْلٌ) في تَمَلُّكِها وغُرْمِها وما يَتْبَعُهُما ١٦
(كِتابُ اللَّقيطِ) ١٩
(فصْلٌ) في الحُكْمِ بإسْلامِ اللَّقيطِ وغيرِه وكُفْرِهما بالتَّبَعيَّةِ ٢٣
(فصْلٌ) في بَيانِ حُرّيّةِ اللَّقيطِ ورِقِّه واستِلْحاقِه وتَوابِعَ لذلك ٢٧
(كِتابُ الجعالةِ) ٣١
كِتابُ الفرائِضِ ٣٩
فصل في بَيانِ الفُروضِ التي في القُرآنِ الكريمِ وذَويها ٤٦
فصل في الحجْبِ ٤٨
فصل: في إرْثِ الأولادِ وأولادِ الابنِ اجتماعًا وانفِرادًا ٥١
فصل في كيْفيّةِ إرْثِ الأُصولِ ٥٢
فصل في إرْثِ الحواشي ٥٤
فصل في الإرثِ بالولاءِ ٥٧
فصل في أحكامِ الجدِّ مع الإخوةِ ٥٨
فصل في مَوانِعِ الإرثِ وما معها ٦٠
فصل في أُصولِ المسائلِ وما يَعولُ منها وتَوابِعَ لِذلك ٧٠
(كِتابُ الوصايا) ٧٧
فصل في الوصيّةِ لِغيرِ الوارِثِ وحكمِ التبَرُّعات في المرَضِ ٨٨
فصل في بَيانِ المرَضِ المخوفِ ٩٢
فصل في أحكامٍ لفظيّةٍ للموصَى به وله ١٠١
فصل في أحكامٍ معنويّةٍ للموصَى به مع بَيانِ ما يُفْعَلُ عن الميّت وما ينفَعُه ١١٣
فصل في الرُّجوعِ عن الوصيّةِ ١٢٤
(فصلٌ في الإيصاءِ) ١٢٨
كِتابُ الوديعةِ ١٣٩

كِتابُ [قسم الفيء والغنيمة] ١٥٨
فصل في الغنيمةِ وما يَتْبَعُها ١٦٧
كِتابُ قسمِ الصَّدَقات ١٧٤
فصل في بَيانِ مُستَنَدِ الإعطاءِ وقدرِ المُعْطَى ١٨٣
فصل في قِسمةِ الزّكاةِ بين الأصنافِ ونَقْلِها وما يَتْبَعُهما ١٨٨
فصل في صَدَقة التّطوُّعِ ١٩٤
كِتابُ النّكاحِ ١٩٩
فصل في الخِطْبةِ بكسرِ الخاءِ، وهي التماسُ النّكاحِ ٢١٧
فصل في أركانِ النّكاحِ وتَوابِعِها ٢٢٣
فصل فيمَنْ يعقِدُ النّكاحَ وما يَتْبَعُه ٢٣٥
فصل في مَوانِعِ وِلايةِ النّكاحِ ٢٤٥
فصل في الكفاءةِ ٢٥٦
فصل في تزويجِ المحجورِ عليه ٢٦٤
(بابُ ما يُحَرَّمُ من النّكاحِ) ٢٧٠
فصل في نِكاحِ مَنْ فيها رِقٌّ وتَوابِعِه ٢٨١
فصل في حِلِّ نِكاحِ الكافِرةِ وتَوابِعِه ٢٨٦
(بابُ نِكاحِ المُشْرِكِ) ٢٩١
فصل في أحكامِ زوجات الكافِرِ إذا أسلَمَ وهُنّ زائِداتٌ على العددِ الشرعيِّ ٢٩٨
فصل في مُؤْنةِ المسلمةِ أو المُرْتَدّةِ ٣٠٣
بابُ الخيارِ في النّكاحِ والإعفافِ ونِكاحِ العبدِ وغيرِ ذلك مِمّا ذُكِرَ تبَعًا ٣٠٤
فصل في الإعفافِ ٣١٤
فصل ٣١٨
كِتابُ الصّداقِ ٣٢٣
فصل في بَيانِ أحكامِ المُسَمَّى الصّحيحِ والفاسِدِ ٣٢٨
فصل في التّفْويضِ ٣٣٣
فصل في بَيانِ مهرِ المثلِ ٣٣٦
فصل في تَشْطيرِ المهرِ وسُقوطِه ٣٤٠
فصل في المُتْعةِ ٣٤٧
فصل في الاختلافِ في المهرِ والتّحالُفِ فيما سُمّيَ منه ٣٤٩

فَصْلٌ في وليمةِ العُرْسِ ٣٥٣
كِتابُ القسْمِ ٣٦٣
فصل في بعضِ أحكامِ النُّشوزِ وسوابِقِه ولَواحِقِه ٣٧٢
كِتابُ الخُلْعِ ٣٧٦
فصل في الصّيغةِ وما يَتعلَّقُ بها ٣٨٨
فصل في الألفاظِ المُلْزِمةِ للعِوَضِ، وما يَتْبَعُها ٣٩٥
فصل في الاختلافِ في الخُلْعِ، أو في عِوَضِه ٤٠٣
كِتابُ الطّلاقِ ٤٠٧
فصل في تفويضِ الطّلاقِ إليها ٤١٩
فصل في بعضِ شُروطِ الصّيغةِ والمُطَلِّقِ ٤٢١
فصل في بَيانِ مَحَلِّ الطّلاقِ والوِلايةِ عليه ٤٣١
فصل في تعدُّدِ الطّلاقِ ٤٣٥
فصلٌ في الاستثناءِ ٤٤٣
فصلٌ ٤٤٨
فصل في بَيانِ الطّلاقِ السُّنّيِّ والبِدْعيِّ ٤٥٢
فصل في تعليقِ الطّلاقِ بالأزْمِنةِ ونحوِها ٤٥٩
فصل في أنواعٍ من التعليقِ بالحملِ والوِلادةِ والحيضِ وغيرِها ٤٧٠
فصل في الإشارةِ إلى العددِ وأنواعٍ من التعليقِ ٤٨٨
فصل في أنواعٍ أخرى من التعليقِ ٤٩١
كِتابُ الرّجعةِ ٤٩٧
كِتابُ الإيلاءِ ٥٠٦
فصل في أحكامِ الإيلاءِ من ضَرْبِ مُدّةٍ وما يتفرَّعُ عليها ٥١٢
كِتابُ الظِّهارِ ٥١٦
فصل فيما يترَتَّبُ على الظِّهارِ من حرمةِ نحوِ وطْءٍ ولُزومِ كفّارةٍ وغيرِ ذلك ٥١٩
كِتابُ الكفّارةِ ٥٢٣
كِتابُ اللّعانِ ٥٣٢
فصل في بَيانِ حكمِ قذفِ الزوجِ ونفيِ الولدِ جوازًا أو وجوبًا ٥٣٧
فصلٌ في كيْفيّةِ اللِّعانِ وشُروطِه وثمراته ٥٣٩
فصلٌ ٥٤٥

كِتابُ العِدَدِ ٥٤٨

فصلٌ ٥٥٣

فصل في تَداخُلِ العِدَّتَين ٥٥٧

فصل في حكم مُعاشَرةِ المُفارِقِ للمُعتَدَّةِ ٥٥٨

فصل في الضَّرْبِ الثاني من الضَّرْبَين السّابِقَين أوّلَ البابِ وهو عِدّةُ الوفاةِ ٥٦٠

فصل في سُكْنَى المعتدّةِ ٥٦٥

بابُ الاستبراءِ ٥٧٢

كِتابُ الرّضاعِ ٥٧٩

فصل في حكمِ الرّضاعِ الطّارِئ على النّكاحِ تَحْريمًا وغُرْمًا ٥٨٥

فصل في الإقرارِ والشّهادةِ بالرّضاعِ والاختلافِ فيه ٥٨٨

كِتابُ النَّفَقاتِ ٥٩١

فصل في موجِبِ المُؤَنِ ومُسقِطاتها ٦٠٢

فصل في حكمِ الإعسارِ بمُؤَنِ الزوجةِ ٦١١

فصل في مُؤَنِ الأقارِبِ ٦١٦

فصل في الحضانةِ ٦٢٢

فصل في مُؤْنةِ المماليكِ وتَوابِعِها ٦٣٠



